UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

DANS LES

SOCIÉTÉS ANONYMES

NATURE JURIDIQUE, COMPOSITION, ATTRIBUTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le samedi 12 décembre 1903, à 1 heure et demie

PAR

JEAN MAGDELAINE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Sous la présidence de M. BAILLY, *doyen.*

Suffragants : { M. DESSERTEAUX, *professeur.*
M. PERCEROU, *professeur.*

DIJON

IMPRIMERIE JOBARD

Place Darcy, 9

1903

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

DANS LES

SOCIÉTÉS ANONYMES

NATURE JURIDIQUE, COMPOSITION, ATTRIBUTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le samedi 12 décembre 1903, à 1 heure et demie

PAR

JEAN MAGDELAINE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Sous la présidence de M. BAILLY, *doyen.*

Suffragants : { M. DESSERTEAUX, *professeur.*
M. PERCEROU, *professeur.*

DIJON
IMPRIMERIE JOBARD
Place Darcy, 9

1903

INTRODUCTION

Deux constatations s'imposent, à la première réflexion, lorsqu'on s'arrête à l'examen de notre système économique : c'est, d'une part, sinon la substitution, tout au moins la prédominance de l'entreprise collective sur l'entreprise individuelle ; d'autre part, une tendance au nivellement et par suite à la médiocrité des fortunes.

Cette évolution caractéristique de notre époque, cette marche de plus en plus accentuée vers l'association à base étendue ne s'accomplit pas en vertu d'une sorte de fatalité, elle se présente comme la condition indispensable de notre développement industriel et commercial.

Nos ingénieurs, mettant à profit les découvertes modernes, ont conçu l'idée de ces travaux immenses que constituent notamment la construction des chemins de fer, la création des compagnies de transports maritimes, le percement de voies nouvelles et plus rapides destinées à faciliter les communications entre les continents. Les industriels, à leur tour, ont utilisé les progrès du machinisme et ont transformé les petits ateliers en de grandes usines pourvues

d'un outillage perfectionné. Insister sur ces points serait encourir à juste titre le reproche de banalité ; et si même nous avons rappelé ici ces faits, c'est que d'eux il se dégage cette idée, à savoir qu'il faut d'abondants capitaux à l'industrie moderne pour mener à bien ses entreprises.

La difficulté est de trouver ces capitaux. En même temps que se produisait cette évolution, qui peu à peu a donné le pas à la grande entreprise sur la petite, s'est manifestée, en effet, dans notre société démocratique, une tendance à une répartition de la fortune en un plus grand nombre de mains. Le système successoral du Code civil de 1804 a eu incontestablement pour effet de fractionner, d'émietter en quelque sorte, les patrimoines mobiliers et immobiliers ; par l'obligation, imposée à chaque génération, d'un partage égal et en nature, il constitue le principal obstacle à la constitution et au maintien des grandes fortunes. Et précisément ce sont ces grandes fortunes, des millions, des centaines de millions, qu'il faut pour réaliser les grands travaux ; à vrai dire, il est même de ces entreprises qui sont impossibles à l'effort individuel, tant elles exigent de dépenses. Quel est le capitaliste qui eût pu fournir le milliard nécessité par le percement de l'isthme de Suez ?

De la coexistence de ces deux faits, vastes conceptions exigeant des capitaux considérables, d'un côté, médiocrité des fortunes, de l'autre, devait résulter, s'il n'était pas établi entre eux une conciliation, une impuissance absolue, une inertie de notre activité industrielle et commerciale. Et pourtant tel n'est

pas le spectacle que nous offre le monde moderne. C'est donc que le problème économique a été solutionné et, en effet, il l'a été le jour où les sociétés par actions, la société anonyme surtout, ont été libéralement organisées par le législateur en 1867 et sont entrées dans nos mœurs.

Il y avait bien, déjà, la société de personnes (en nom collectif ou en commandite par intérêts) ; mais cette société vaut surtout par les qualités morales des associés, par leurs aptitudes personnelles, beaucoup plus que par leurs capacités pécuniaires. Elle demande un apport, cela est évident, mais aussi et surtout un concours personnel et entier, à ce point que chacun s'engage sur tous ses biens (nous exceptons bien entendu les commanditaires) et solidairement. Par suite, elle a forcément une base étroite et elle est incapable de mettre au service des grands projets les capitaux qui sont nécessaires. Ce qu'il faut, ce ne sont pas des énergies, des intelligences, ce sont des capitaux. Pour se procurer ceux-ci, on a imaginé d'organiser un appel aux capitalistes petits et grands, on leur demande sous forme de souscription d'actions un engagement restreint, une simple cotisation en quelque sorte, à laquelle leurs risques sont limités. On a pu au moyen de ces émissions opérer le drainage des capitaux actuellement éparpillés entre de nombreuses mains et donner ainsi la possibilité de réaliser les œuvres conçues.

Ce n'est pas à dire que les sociétés de personnes, qui ont régné presque seules pendant un long temps, appartiennent désormais au passé, alors que les sociétés de capitaux appartiennent au présent. Les

premières ne sont pas devenues plus rares sous le nouveau régime commercial, elles conviennent aux petites entreprises et partant elles conservent leur champ d'application ; mais à côté d'elles, les secondes sont devenues beaucoup plus nombreuses sous l'influence d'un développement jusqu'ici inconnu de la grande industrie.

A envisager ainsi le rôle économique des sociétés par actions, la société anonyme, qui est le type le plus parfait et de beaucoup le plus répandu de ces dernières, apparaît dans le domaine du monde économique moderne ce qu'est la clef de voûte dans celui de l'architecture. Elle seule permet la constitution et le maintien d'une œuvre qui, sans elle, serait impossible, impossible à une individualité, impossible même à une société de personnes.

Cette considération est suffisante pour justifier une étude sur la société anonyme.

La qualité de personne fictive contraint la société anonyme à agir par des organes qui délibèrent, exécutent les résolutions, surveillent les intérêts engagés dans les opérations. Ces organes sont les assemblées générales, les administrateurs, les commissaires de surveillance. Mais un seul de ces organes, l'assemblée des actionnaires, constitue le siège de la vie sociale et donne l'impulsion à tous les autres ; à ce titre, dans l'impossibilité où nous sommes d'embrasser l'ensemble de l'institution, l'assemblée des actionnaires méritait de faire l'objet de notre travail.

Toutefois, à raison même de l'importance de l'assemblée des actionnaires, il est arrivé que tous

les commercialistes ont consacré à cet organe des sociétés anonymes des monographies étendues, ou bien, se sont attardés à lui avec complaisance dans leur traités. Commenter à nouveau, en se bornant à les analyser, les dispositions législatives de la loi du 24 juillet 1867 et de celle du 1er août 1893 qui régissent cette institution, c'était dire (ce que d'autres ont fait excellemment) des choses qui se trouvent partout. Nous avons voulu éviter cet écueil.

Nous avons pensé que notre étude serait accueillie plus volontiers si, au lieu de présenter une analyse aride de textes, nous tentions de fixer, dans une vue synthétique, la physionomie générale de l'assemblée des actionnaires.

Pour atteindre notre but, il ne suffit pas d'examiner, au fur et à mesure que le législateur nous les indique, les attributions des assemblées générales. A s'en tenir à une pareille méthode, on sait bien qu'une majorité d'actionnaires impose sa volonté à la minorité, s'il s'agit, par exemple, de l'accomplissement de certaines formalités constitutives (vérification de la déclaration notariée, approbation des apports, nomination du personnel administratif), ou bien encore, s'il s'agit d'approuver les comptes de la société, mais on ne rend pas compte de ce fait, à savoir qu'une ou plusieurs de ces individualités, qui ont contracté sur un pied de parfaite égalité en entrant dans la société anonyme, se voient contraintes à se soumettre à la décision du plus grand nombre et à sacrifier ainsi des préférences personnelles. En un mot, on reste à la superficie des choses au lieu d'en sonder le fond. Nous tenterons

donc d'aborder le problème par son grand côté, ce qui nous obligera à rechercher, dès le seuil de notre étude, quelle est la nature juridique de la société anonyme et de l'assemblée d'actionnaires.

Outre que cette méthode aura, à notre avis, l'avantage de présenter un caractère scientifique puisqu'elle consistera à découvrir et à mettre en relief les idées générales qui dominent la matière, elle aura aussi celui de faciliter la solution des difficultés nombreuses que suscite une étude sur les assemblées d'actionnaires et dont la plus grosse est sans conteste celle du pouvoir des assemblées extraordinaires. Une institution juridique ne consiste pas simplement dans une juxtaposition des dispositions législatives qui la réglementent ; celles-ci ne sont autre chose que les différents traits destinés à rendre tangible et palpable la conception du législateur, mais c'est l'ensemble de ces traits qu'il faut considérer pour dégager cette conception. Il se peut que, dans cette conception que le législateur nous offre, il y ait des vides, qu'un trait fasse défaut, en d'autres termes, qu'il y ait une lacune ou une obscurité dans la loi ; il faut alors recourir à l'idée générale pour combler cette lacune ou dissiper cette obscu rité

On voit que, si rien ne reste à dire sur les assemblées d'actionnaires, malgré cela, nous pouvons espérer retenir l'attention par l'emploi de cette méthode nouvelle. Nouvelle..., nous éprouvons un scrupule à nous servir de ce mot, peut être bien, en effet, que notre méthode ne jouit plus de cet attrait. Un savant commercialiste, M. Thaller, et

nous éprouvons un peu de sécurité à nous mettre à l'abri derrière ce nom, nous en a suggéré l'idée, quand il a écrit, sur le pouvoir des assemblées extraordinaires, la dissertation (1) qui l'a fait du coup chef d'école. En sorte que la seule nouveauté de ce travail sera d'avoir tenté de cette méthode une application plus large et d'avoir fait de l'étude de la nature juridique des sociétés anonymes et de l'assemblée des actionnaires le préambule nécessaire à l'exposé des attributions de cette assemblée.

Cette étude est divisée en trois parties.

Dans la première, on essaie de dégager la conception du législateur sur la nature juridique des sociétés anonymes et de l'assemblée des actionnaires.

Dans la seconde, on fixe le principe directeur qui permet de déterminer l'élément personnel admis à composer l'assemblée des actionnaires et on fait des applications de ce principe.

Dans la troisième, on examine les attributions de l'assemblée des actionnaires et, à ce propos, on distingue, suivant la terminologie classique, les assemblées ordinaires, les assemblées constitutives, les assemblées extraordinaires.

---

(1) *Note* au D. 93. I. 105 et suiv.

PREMIÈRE PARTIE

NATURE JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

ET DES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

En abordant cette question de la nature juridique de la société anonyme et des assemblées d'actionnaires, nous nous heurtons à une théorie émise par M. Thaller (1). A vrai dire, c'est la seule qui ait été tentée et offerte d'une façon précise ; elle a eu la fortune de recueillir l'adhésion d'un certain nombre de jurisconsultes, non seulement dans les ouvrages de jeunesse que sont les thèses de doctorat (2),

(1) Thaller. *Note* au D. 93. I. 105 et suiv. ; *Traité élémentaire de droit commercial,* 2e édit., nº 569, p. 310, et nº 694, p. 367.

(2) Clément. *Des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes relativement aux modifications au pacte social,* th. doct., Lille, 1897, p. 39 et suiv. — Jacquier. *Des assemblées générales d'actionnaires,* th. doct., Aix-Marseille, 1899, p. 151 et suiv. — Sée. *De la réduction du capital social, en vertu d'une délibération de l'assemblée générale, dans la société anonyme,* th. doct., Paris, 1899, p. 45. — Girerd. *Du droit d'assister aux assemblées d'actionnaires,* th. doct., Lyon, 1902, p. 21 et suiv. — Paul Appleton. *Du droit pour les assemblées extraordinaires dans les sociétés par actions de modifier les statuts sociaux,* th. doct., Lyon, 1902, p. 50, 73 et suiv.

mais aussi dans les chaires de nos Ecoles de droit (1) et devant nos Tribunaux (2).

Cette théorie est donc en possession d'une situation acquise, et, à ce titre, doit faire l'objet d'une étude immédiate ; ce sera celui de notre premier chapitre. L'examen, auquel nous procéderons, nous amènera à conclure, qu'en dehors des considérations pratiques, à ne l'envisager qu'au seul point de vue juridique, la théorie de M. Thaller est une conception *a priori,* que les principes de notre législation commerciale désavouent totalement. Nous rechercherons, dans un second chapitre, en nous inspirant aussi scrupuleusement que possible de l'esprit du législateur, quelle est, à notre sens, la véritable nature juridique de la société anonyme et des assemblées d'actionnaires.

---

(1) Bouvier-Bangillon. *La législation nouvelle sur les sociétés,* p. 123 et suiv. — Voir aussi : Lacour. *Note* au D. 94. I. 313.

(2) M. l'avocat général Desjardins. *Conclusions* dans l'affaire de la compagnie des tramways du Nord, D. 94. I. 313.

CHAPITRE PREMIER

Théorie de M. Thaller.

SECTION PREMIÈRE

EXPOSÉ

M. Thaller pose en principe qu'il existe une différence incontestable de structure entre les sociétés par intérêts ou sociétés de personnes et les sociétés par actions ou sociétés de capitaux.

Quand un individu adhère aux premières, le lien de droit se forme entre lui et chacun de ses coassociés envisagés individuellement et séparément. L'associé conserve devant la société, sinon une autonomie complète, à laquelle le pacte social s'opposerait, tout au moins, une personnalité bien distincte qui s'affirme et s'impose au cours de la société à maintes reprises : l'action en nullité, l'action en dissolution, exercées par l'un des associés, seront dirigées non pas contre la société elle-même, mais contre chacun des coassociés pris individuellement, nommément

désignés dans l'exploit, et personnellement touchés par la signification ; de même, à l'inverse, quand il y aura lieu de faire l'appel du non versé, ou de contraindre un des associés à la contribution aux pertes, les poursuites seront exercées non pas à la requête de la société, être moral, ayant absorbé l'individualité de chacun des associés, mais à la requête de chacun des consorts du récalcitrant.

Il n'y a donc dans la société en nom qu'une coexistence d'individualités, dont les abdications de volonté sont des plus restreintes et ne doivent pas être étendues. Et la personnalité, qu'une pratique déjà lointaine (1) reconnaît aux sociétés par intérêts comme à toute société commerciale du reste, ne doit pas nous induire en erreur : ce sont des considérations pratiques qui veulent que les intérêts communs soient poursuivis non par les membres isolés, mais par l'ensemble de ces membres représentés par une unité, personne artificielle ; la personne juridique n'est qu'un ayant cause technique nécessaire, une sorte d'artifice de procédure, par lequel les associés manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur, mais il ne faut pas oublier que les véritables sujets du droit sont les membres isolés.

Quand, par une souscription et par un versement au moins partiel, un individu adhère à une société par actions, les conséquences sont autrement impor-

---

(1) Sur l'histoire de la personnalité civile des sociétés commerciales, voir : Démètre Négulesco. *Le problème juridique de la personnalité morale et son application aux sociétés civiles et commerciales*, th. doct., Paris, 1900, p. 86 et suiv.

tantes : le lien de droit ne se forme plus entre l'adhérent et chacun de ses coassociés, ceux-ci sont trop nombreux et ils ont un caractère par trop mobile et flottant ; le lien de droit se forme entre l'adhérent et un ensemble, un bloc, qui est l'entreprise elle-même. Il y a alors, sur la scène juridique, à côté des actionnaires, une nouvelle entité juridique complètement distincte des individualités qui ont contribué à sa formation, une personne capable comme toute autre d'un acte de volition. A cette personne constituée par la réunion de nombreux éléments, l'ensemble des actionnaires, il faut un organe qui incarne l'ensemble de leurs volontés fondues en une seule, la volonté suprême de la société, être de raison ; cet organe sera l'assemblée générale et le résultat de la délibération sera l'acte de volonté de la société. « L'assemblée générale forme, et cela aux regards des actionnaires pris séparément, le pouvoir délibérant de cette synthèse de pensées convergentes ; elle constitue l'âme même de la personne morale réglant les intérêts de la collectivité, ou, si l'on préfère, l'instrument de la volonté supérieure de la compagnie (1). »

La personnalité civile, que l'on reconnaît à toute société commerciale, oppose le groupe social aux tiers qui traitent avec lui, elle lui donne les avantages d'une vie propre et d'une capacité complète dans ses rapports avec l'extérieur. Mais c'est là un biais que la science juridique a inventé pour tourner une difficulté que faisaient naître les principes de

(1) Thaller. *Note* au D. 93. I. 108, 1re col.

notre droit ; le mot a été prononcé assez souvent et il est juste, ce n'est qu'une *fiction*. Dans la société par actions, la fiction disparaîtrait presque aux yeux de M. Thaller : les véritables sujets du droit ne sont plus ici, comme dans la société par intérêts, les associés eux-mêmes, considérés séparément et dans leur individualité, les membres isolés de la société, c'est la société elle-même, entité juridique complètement distincte des éléments dont l'agrégation constitue la base. C'est la société qui est titulaire des droits, c'est elle qui veut, c'est elle qui agit. La personnalité juridique n'est plus une *fiction,* elle n'est plus un ayant cause technique nécessaire, par lequel les associés manifestent leurs rapports juridiques avec le dehors ; les associés sont en quelque sorte absorbés par cet être supérieur auquel ils ont donné naissance et qui est la *Société*. La société par actions jouit des avantages de la personnalité à l'égard de ses membres eux-mêmes (personnalité interne) et la personnalité morale des sociétés, telle qu'on la conçoit depuis longtemps en France (personnalité externe), ne nous apparaît plus comme un artifice de jurisconsulte, mais bien comme une conséquence logique, inéluctable, de cette existence indépendante dont jouit la société par actions (1).

La nature juridique de l'assemblée générale,

---

(1) Il nous semble que dans cette conception de la personnalité des sociétés par actions, M. Thaller a subi l'influence de l'école allemande. Les adeptes de cette école s'efforcent de prouver qu'une somme d'individualités forme une nouvelle notion douée de caractères différents des unités composantes et arrivent à conclure que, dans une collectivité, on trouvera à côté des volontés des membres

d'après M. Thaller, est maintenant facile à dégager ; si l'on nous permet une comparaison empruntée aux sciences naturelles, nous dirons : la société par actions est un organisme vivant et l'assemblée générale des actionnaires en est le cerveau, siège de la volonté qui commandera et dirigera la marche de la société. Dans cette conception, la loi de la majorité s'imposant, en principe, dans une assemblée de quelque nature qu'elle soit, se comprend aisément et s'analyse à merveille. Quand une volonté humaine se décide et se manifeste, elle est parfois toute spontanée, mais souvent elle n'est que le résultat d'un

---

qui la composent, une volonté nouvelle qui aura la capacité de l'exercice de ses droits. C'est notamment la théorie de Zitelmann. (*Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, p. 62 et suiv.) et de Gierke (*Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, p. 724), qui considèrent la personnalité morale comme un élément de la réalité sociale. On a prétendu appuyer cette doctrine sur le kantisme, on a même cité (Démètre Négulesco. *Le problème juridique de la personnalité morale et son application aux sociétés civiles et commerciales*, th. doct., Paris 1900, p. 30) d'une façon précise l'*Introduction à la critique de la raison pure*, où il serait démontré, assure-t-on, que, dans une association, il se forme une volonté collective distincte de la volonté des individus. Il faut rendre à Kant ce qui est à lui, mais rien de plus ; et, dans l'espèce, on lui attribue une idée que la sociologie moderne a essayé de mettre en cours. Au surplus, il suffit de lire l'*Introduction à la critique de la raison pure* (voir *Critique de la raison pure*, traduction Barni, t. I) pour voir combien son objet est étranger à la question qui nous occupe ; à coup sûr, la référence a été indiquée de mémoire... ou de confiance.

Cette influence, que nous ne voudrions pas exagérer du reste, est assez surprenante, quand on se souvient de la position prise par M. Thaller dans le débat toujours ouvert sur la personnalité civile. M. Thaller, dans la première édition de son *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 135 et suiv., semblait avoir accepté la théorie romaniste de la fiction, qui reste encore aujourd'hui la doctrine dominante. (Voir Girard. *Manuel de droit romain*, 2e édit., p. 228 et

choix précédé d'une hésitation, d'une résistance. Dans la *Société,* être supérieur de raison, superposé aux associés, les mêmes phénomènes peuvent se produire. La délibération parfois sera prise d'un mouvement spontané et sans lutte, à l'unanimité ; mais plus souvent aussi des résistances se feront sentir, et alors la lutte de ce que nous appelons la majorité et la minorité n'est autre chose que la lutte des idées, la lutte des volontés contraires, qui se manifeste dans l'assemblée des actionnaires, comme dans l'esprit humain.

---

note 3. — Houques-Fourcade. *Des personnes,* t. I, p. 200 et suiv. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial,* 3e édit., t. II, nº 127, p. 103.) Mais dans la deuxième édition du même *Traité,* p. 166 et suiv., M. Thaller abandonne l'idée qu'il avait adoptée jusque-là ; repoussant la théorie romaniste de la personnalité fictive, il prétend que « l'existence de la personnalité juridique des sociétés ou de ce qu'on est convenu de désigner sous ce nom, découle naturellement de l'économie même du contrat de société et de l'opposition que ce contrat établit entre la marche des affaires propres à chaque associé et la marche des affaires sociales ». Il y aurait donc dans notre droit deux sortes de copropriété : la copropriété ordinaire, sans affectation déterminée et noyée dans les autres biens de l'ayant droit, puis une copropriété issue d'un contrat de société, enchaînée à un but, avec un terme suspensif de partage, soustraite à la maîtrise personnelle des associés et de leurs créanciers. L'affectation des choses communes au but de la société constitue une charge qui pèse sur ces choses elles-mêmes et qui équivaut à un véritable droit réel, à une sorte de servitude d'indivision.

(Voir la théorie de M. Saleilles dans les *Annales de droit commercial : Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, Annales de droit commercial,* 1895, p. 10 et suiv., et surtout 1897, p. 29 et suiv. — Voir aussi celle de M. Planiol. *Traité élémentaire de droit civil,* 2e édit., t. II, p. 640, nos 1966 et suiv.)

SECTION II

CRITIQUE

L'apparition de la théorie de M. Thaller sur les sociétés par actions a eu le sort que faisait présager l'autorité incontestée de son auteur. Les jurisconsultes se sont mis d'accord pour qualifier ce nouveau système d'admirable et d'ingénieux et un certain nombre d'entre eux (1) l'ont adopté, mais sans se demander si cette « construction », le mot est de M. Thaller et ne nous déplaît pas, avait une base, si, en réalité, elle n'était pas édifiée sur le sable.

Certes, nous ne méconnaissons pas le caractère ingénieux du système de M. Thaller, mais nous ne rendons pas les armes pour autant et avant de nous ranger parmi les disciples du maître, il nous sera bien permis de faire connaître nos scrupules. Nous n'avons jamais pris pour devise la maxime : *Magister dixit ;* au surplus, ce serait adopter une règle de conduite qu'à notre connaissance, on n'encourage pas à l'Ecole. Si le raisonnement de M. Thaller ne parvient pas à lever nos scrupules, nous écarterons, sans hésiter, la théorie du savant professeur pour nous en tenir à la doctrine courante.

La théorie de M. Thaller est-elle de nature à permettre à la société par actions, en particulier à la société anonyme, de remplir dans l'ordre économique le rôle qui lui semble destiné ? Est-elle en

---

(1) *Vide supra,* p. 13, note 2; p. 14, notes 1 et 2.

correspondance adéquate avec les besoins nouveaux du commerce et de l'industrie ? C'est possible, mais c'est un point qui est hors de la cause. Placer le débat sur ce terrain, ce serait raisonner dans l'abstraction, oublier que notre examen a pour objet une législation positive, la législation commerciale française. Une argumentation juridique, basée sur les textes ou sur les principes généraux de notre droit, est la seule qui donne satisfaction à l'esprit de l'interprète. A l'envisager sous cet angle, la théorie de M. Thaller perd beaucoup de son allure séduisante. Un texte, il n'y fallait pas songer; mais les principes qui régissent les rapports de l'associé avec la société, M. Thaller le croit, peuvent apporter un appui sérieux à la nouvelle théorie et décider du débat.

L'associé a des droits, qu'il peut faire valoir en justice contre la société : droit de n'être engagé que dans une société régulièrement constituée, exempte de tout vice initial; droit de sortir d'une société qui est désormais sans vie ou dans l'incapacité de poursuivre efficacement le but proposé. Tout cela donnera naissance à des litiges, à des actions en nullité ou en dissolution, qui mettront en présence l'intérêt d'une individualité et l'intérêt de la société. Mais aussi, par une juste réciprocité, la société a des droits contre ses membres, droit d'exiger le versement de l'apport promis, droit de contraindre un associé récalcitrant à contribuer aux pertes, droit de demander compte de sa gestion à l'associé gérant et de poursuivre la réparation pécuniaire de ses fautes, s'il y a lieu.

Or, dans la société par intérêts, le débat judiciaire s'engage nécessairement, dit M. Thaller, entre l'associé et ses consorts et à la barre du tribunal ce n'est pas la société qui sera représentée, mais chacun des associés agissant ou pris individuellement, dans la limite de son intérêt ; pratiquement la procédure sera signifiée à la requête de chacun des membres de la société ou touchera chacun d'eux nommément désigné. Il n'y a donc pas d'enchaînement entre les associés.

Tout autre sera le *processus* dans les sociétés par actions. Ici c'est la société, par l'organe de ses représentants légaux, qui paraît en scène ; la société défendra à l'action en nullité (1) et à l'action en dissolution, elle attaquera dans les actions en versement d'apport et dans les actions en responsabilité. Et M. Thaller de conclure : dans les sociétés par actions, tout démontre que les associés ne sont pas simplement liés les uns aux autres, le *vinculum juris* n'a pas été formé d'homme à homme, mais entre chaque associé et un ensemble, un bloc qui est l'entreprise elle-même, être supérieur, dans

---

(1) M. Thaller affirme (voir *Note* précitée D. 93. I. 105 et suiv.) que « l'action en nullité pour réussir contre tous ne commande que la mise en cause des représentants légaux de la société » et invoque en ce sens un arrêt de la Cour d'Alger du 7 mars 1888, confirmé sur pourvoi par la Cour de cassation (Ch. req.) le 21 juillet 1890. D. 91. I. 270 ; S. 92. I. 501. Il était inutile, pour établir cette règle admise par tous, d'invoquer deux arrêts qui, à notre avis, ne disent rien de cela, mais bien toute autre chose, à savoir : « Que la demande en nullité dans une société anonyme, nécessite, à peine d'irrecevabilité, la mise en cause de ladite société elle-même en la personne de son représentant légal. »

lequel sont venus disparaître presque complètement les éléments qui la composent.

A cet argument, M. Thaller en ajoute un autre qu'il tire du fonctionnement de la société par actions et des principes qui en fixent la marche (art. 28, al. 1, loi du 24 juillet 1867), notamment de ce fait que la loi a consacré le pouvoir de la majorité dans les assemblées. Si, procédant toujours à une étude comparative, on recherche le régime établi pour les sociétés par intérêts, en ce qui concerne leur mode d'administration, la différence apparaît immédiatement : ici nul organe dont la fonction soit de résumer les volontés réunies des associés, de manifester la volonté d'une nouvelle personne juridique que constituerait la société. Nulle part, on ne trouve un texte qui permette, à une partie des associés, si considérable soit-elle, d'imposer sa volonté aux autres ou même à un seul d'entre eux. La loi de la majorité ne se conçoit qu'autant que la société constitue un être réellement distinct des associés, capable de manifester une volonté propre, indépendante de celle de ses membres (1). Elle est une conséquence logique et inévitable de l'existence de cette personnalité plus complète qui appartient aux sociétés par actions, mais qui manque totalement aux sociétés par intérêts.

Voilà les deux seuls arguments juridiques (il nous a été impossible d'en trouver d'autres), sur lesquels M. Thaller s'appuie pour soutenir que sa conception est bien celle de notre droit commercial. Et c'est en

(1) *Vide supra,* p. 19 et 20.

quoi, à notre avis, M. Thaller se trompe doublement.

En fait, nous le reconnaissons, les instances entre la société et les associés s'engagent différemment suivant que l'on se trouve en présence d'une société par intérêts ou d'une société par actions. Le plus souvent, dans les sociétés par intérêts, ce sont les associés nommément désignés qui seront assignés lorsqu'il s'agira de demander la nullité ou la dissolution, et ce sont encore les associés agissant séparément qui poursuivront le paiement du non versé ou contraindront leur coassocié à la contribution aux pertes. Mais quel est l'obstacle juridique à une autre procédure, à celle qui consisterait à permettre à la société d'agir et à l'associé de mettre celle-ci en cause par l'intermédiaire et en la personne de son représentant ? On ne nous le signale pas et il nous est impossible de l'apercevoir.

De l'aveu de tous, la société par intérêts, comme toute société commerciale, jouit de la personnalité civile, et cela alors même que l'intérêt particulier d'un associé est en antagonisme avec l'intérêt commun de la société poursuivant un but vers lequel toutes les volontés convergent en principe. Les hommes d'affaires préfèrent, dans les actions du genre de celles qui nous occupent, mettre en cause chacun des membres de la société, mais il n'y a là qu'une satisfaction à une règle de prudence excessive de laquelle ils ont appris à connaître le mérite et qu'au surplus il est facile de suivre en notre hypothèse, dans les litiges intéressant les sociétés de personnes : de semblables sociétés ont des bases peu étendues,

le nombre des adhérents en est toujours très limité, les associés sont connus, les noms se présentent immédiatement et sans un manque à l'esprit ; dès lors, l'homme d'affaires aime mieux jeter dans le débat tous les associés, agissant en cette qualité et en leur nom personnel au besoin, que de s'engager dans une procédure un peu particulière, et qui pour cette raison lui semble périlleuse. Mais une semblable habitude ne saurait permettre de mettre en doute un principe de droit. Quand il s'agit d'une société civile, c'est-à-dire d'une société dénuée de personnalité (1), l'impossibilité d'opposer la société, être moral, à un associé s'impose d'une façon indéniable, mais il faut s'arrêter là, l'obstacle disparaît quand on rencontre une société commerciale quelle qu'elle soit, fût-ce une société par intérêts, toujours investie de la personnalité (2).

Nous ne pouvons donc souscrire à l'opinion de M. Thaller et nous ne voyons pas la différence signalée entre les sociétés par intérêts et les sociétés par actions, en ce qui concerne les actions en dissolution, en nullité, en exécution de l'apport, etc., en un mot, dans toutes les actions qui mettent en présence un associé et la société.

Mais nous irons plus loin et nous dirons que l'absorption complète de l'associé par l'assemblée

---

(1) Nous rappelons que la jurisprudence se prononce contre cette opinion, en faveur de la personnalité des sociétés civiles : Cass. 23 fév. 1891. D. 91. I. 337 ; S. 92. I. 73. — 2 mars 1892. D. 93. I. 169 ; S. 92. I. 497. — 2 janv. 1894. D. 94. I. 81 ; S. 94. I. 129.

(2) *Conf.* : Trib. civ. Seine (1re ch.), 27 avril 1901, *Revue des sociétés*, 1901, p. 339.

générale, proposition que l'on cherche à établir, est en opposition avec le droit pour les actionnaires d'exercer l'action sociale *ut singuli*. M. Thaller affirme que la poursuite en responsabilité contre les administrateurs appartient, pour le tout, aux agents de la collectivité, à la société plaidant par procureur. Une partie notable de la doctrine et la jurisprudence s'inscrivent en faux contre cette assertion. M. Thaller dit qu'il faut « glisser » sur cette jurisprudence qui autorise chaque actionnaire à exercer, individuellement et pour sa part, l'action en responsabilité contre les administrateurs ou contre les commissaires de surveillance. Mais c'est d'une jurisprudence constante depuis quelques années qu'il est question et d'une jurisprudence qui a eu, à son jour, l'approbation de M. Thaller, aussi croyons-nous qu'elle mérite d'être traitée avec plus d'égards.

Nous supposons une société anonyme, dans son fonctionnement normal, c'est-à-dire une société qui n'a pas été déclarée en faillite et qui n'a pas obtenu le bénéfice de la liquidation judiciaire. Elle est *in bonis*. Des fautes sont commises par les administrateurs pendant la durée de la société, un préjudice en résulte pour la société indépendamment de celui qui peut atteindre les tiers ou un associé personnellement. L'action sociale, qui prend alors naissance, est régulièrement exercée au nom de la société par son représentant (administrateur ou toute autre personne désignés dans ce but). Mais quand la société n'agit pas, l'action sociale ne peut-elle pas être exercée par un ou plusieurs actionnaires ? M. Thaller ne le pense pas ou du moins ne le pense

plus (1) ; il y aurait, en effet, à admettre une solution affirmative une contradiction avec sa nouvelle théorie : l'actionnaire n'existe plus comme individualité, il n'est plus que le facteur intégrant d'une volonté supérieure à la sienne, en notre espèce comme en bien d'autres, il ne peut invoquer un intérêt. C'est la société qui a été atteinte, c'est elle qui réagira et poursuivra l'administrateur qui l'a lésée.

Mais c'est précisément la nature juridique de la société par actions, la nature des rapports existant entre les associés et les personnes investies de l'exercice des pouvoirs sociaux dans la société anonyme, administrateurs et commissaires de surveillance, c'est tout cela qui est en jeu. Si les principes de notre législation commerciale ne s'opposent pas au droit de l'associé de mettre l'action sociale en mouvement, c'est qu'il faut considérer la personnalité comme une fiction, produisant tous ses effets à l'égard des tiers créanciers ou débiteurs, mais derrière laquelle il faut voir le pacte social, le contrat, quand l'action est exercée contre un membre de la société, contre un administrateur.

Or, nous pensons que les hommes qui se sont engagés à diriger la société ont contracté cette obligation non pas seulement envers la société envisagée collectivement, mais encore envers chaque associé, en tant que membre de la société. L'associé peut donc agir seul devant les tribunaux, parce que la créance repose réellement sur sa tête. Qu'on ne dise pas : c'est d'un mandat social, c'est-à-dire d'un

(1) Voir en effet une *Note* de M. Thaller au D. 86. II. 25 et suiv.

mandat collectif qu'il s'agit ici, par suite c'est à la collectivité, à la société qu'appartient exclusivement l'action en responsabilité qui n'est après tout que l'action *mandati directa* (art. 1856 et 1992 C. civ.). L'administrateur, le commissaire de surveillance, sont mandataires de chacun des associés, en même temps que de la société. Ils tiennent leur pouvoir de la majorité qui les a investis de leurs fonctions ; mais cette majorité tire sa justification et sa mission de l'unanimité originelle du pacte social, il ne faut pas perdre cela de vue, et c'est une idée sur laquelle nous reviendrons. La personnalité des sociétés est une fiction toute de faveur pour les membres de la société, il ne faut pas l'invoquer pour réduire les avantages et les droits revendiqués par les actionnaires. La société est ruinée par les agissements de son administrateur, à tout le moins, elle a été entraînée sur une mauvaise pente, elle a à sa disposition l'action de mandat qu'elle intentera par l'organe de son représentant légal. Mais chaque actionnaire a aussi, par devers lui, la faculté de demander à l'administrateur en faute réparation du préjudice causé et d'exercer l'action sociale (1) ; la condamnation à intervenir ne pourra pas procurer à l'actionnaire agissant dans ces conditions un bénéfice exclusif, elle aura pour objet l'intégralité des dommages-intérêts et son montant devra être versé dans la caisse sociale, de manière que tous ceux

---

(1) Paris, 22 avril 1870. D. 70. II. 121 et Cass. civ. rej. 7 mai 1872. D. 72. I. 233. — Paris, 6 mai 1885. D. 86. II. 25, et *Note* de M. Thaller. — Cass. req. 23 fév. 1885. D. 85. I. 413. *Rev. des soc.*, 1885, p. 390.

qui ont un intérêt dans le fonds social profitent du résultat obtenu (1).

L'opinion que nous adoptons a une base légale dans l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 que l'article 39 de la même loi déclare applicable aux sociétés anonymes. L'article 17 décide que « des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants et contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter en ce cas en justice... » Il s'agit, on le voit, d'une poursuite basée sur un tort collectif, et l'article 17 ajoute « sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel ». La loi prévoit maintenant, dira-t-on, une poursuite fondée sur un préjudice souffert directement par un actionnaire. Pas du tout, la genèse de l'article 17 prouve tout le contraire ; cette disposition a en effet son origine dans l'article 14 de la loi du 17 juillet 1856. La loi de 1856, supposant que les actionnaires avaient à soutenir un procès dans un intérêt commun contre le gérant ou les membres du conseil de surveillance, imposait le choix d'un commissaire chargé de les représenter,

---

(1) Lyon, 28 janv. 1890. D. 92. II. 33. — Voir cependant Cass. req. 9 juin 1874. D. 76. I. 387. — Des considérants de ce dernier arrêt, il semble résulter que l'associé ne peut réclamer contre les administrateurs ou les gérants de la société la réparation du dommage causé à la société par des fautes commises dans la gestion que dans les limites de son intérêt particulier, c'est-à-dire en proportion de sa part d'intérêt dans la société.

mais réservait à chaque actionnaire le droit d'intervenir à l'instance à la charge de supporter les frais de son intervention. C'est bien là une immixtion dans le droit de la société que le législateur permettait à l'associé. L'article 17 rend facultative la représentation en justice par un mandataire et transforme le droit d'intervenir en un droit de plaider, mais il est toujours inspiré par l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'article 14 de la loi de 1856. Nous sommes donc bien fondé à prétendre que le droit à l'exercice individuel de l'action sociale par un actionnaire n'est pas contraire à la loi.

Mais alors n'est-ce pas une entrave perpétuelle que nous apportons à la marche de la société, en autorisant une multitude de procès individuels ? Pas le moins du monde. Le plus souvent, en effet, une clause des statuts, à la validité de laquelle nous ne voyons pas d'obstacle, enlève à l'actionnaire la faculté de mettre seul en mouvement l'action sociale, ou bien, moins rigoureusement, oblige l'actionnaire à prendre au préalable l'avis de l'assemblée générale, avis qui sera soumis aux juges en même temps que la demande (1).

Et même si ces restrictions font défaut, l'actionnaire rencontrera sur sa route encore bien des difficultés : il est vraisemblable que son action sera vue avec grande défiance par les Tribunaux. Des administrateurs ont compromis le sort de l'entreprise, des commissaires de surveillance se sont mal acquittés de leurs fonctions, voilà une société

(1) Paris, 19 avril 1875. S. 76. II. 113.

anonyme entraînée (l'actionnaire le soutiendra) dans une mauvaise passe par la faute de ceux qui avaient mandat de la diriger. La masse des associés se trouve lésée et elle reste passive devant tous ces événements ! Elle a entre les mains le moyen, sinon d'arrêter la ruine de la société, tout au moins celui d'obtenir réparation du préjudice ; et, par son inertie inexplicable, elle oblige un de ses membres à prendre l'initiative d'une poursuite et à en assumer toutes les charges et toutes les incertitudes ! De deux choses l'une : ou bien la masse des actionnaires est atteinte d'un aveuglement voisin de la stupidité, ou bien, ce qui est plus vraisemblable, l'actionnaire qui veut plaider est un de ces esprits brouillons (on en rencontre dans les sociétés les plus solidement constituées), qui cède à la passion des procès, et sa réclamation, inspirée par un mouvement d'humeur, risque fort de ne pas être fondée. Il y a là une impression dont les juges auront grand'peine à s'affranchir et qui aura l'avantage d'éveiller leur attention.

Et puis, il ne faut pas croire que la jurisprudence accorde à l'actionnaire le droit de plaider sans aucune distinction ni limite : toutes les fois que l'action sociale a été épuisée par l'assemblée générale, le droit de l'actionnaire disparaît, et l'action sociale est épuisée quand l'assemblée a approuvé les comptes et délivré un *quitus* à ses mandataires (1)

---

(1) Cass. req. 23 fév. 1885. D. 85. I. 413 ; *Rev. des soc.*, 1885, p. 390. — Paris, 28 mars 1888 ; *Rev. des soc.*, 1888, p. 377. — Lyon, 28 janv. 1890. D. 92. II. 33.

ou encore lorsqu'après avoir constaté des irrégularités, elle a consenti à transiger (1).

En effet, l'associé a un droit, celui d'intenter l'action sociale, mais c'est un droit dont il s'est tacitement engagé à faire un usage déterminé et à titre subsidiaire. Il a confié ses intérêts à l'assemblée générale, à la majorité de ses coassociés par conséquent. Le bilan a été soumis à cette assemblée et a été approuvé en dehors de toute fraude, de tout vice capable d'infecter une convention, le *quitus* a été délivré aux mandataires ; ou bien des irrégularités ont été constatées, mais peu graves au fond, et il a paru meilleur et plus sage à la majorité de consentir un abandon transactionnel de l'action en responsabilité. Un actionnaire ne peut pas venir s'insurger contre de semblables décisions et plaider malgré tous ses consorts. L'intention évidente des adhérents à la société a été de remettre la direction des affaires sociales à l'assemblée générale, chaque actionnaire ne garde sa liberté d'action qu'autant que l'assemblée s'est montrée au-dessous de sa tâche, soit par incapacité, soit par négligence. On ne peut pas admettre que l'administrateur, ou le commissaire de surveillance, lorsque les faits de gestion ont été approuvés régulièrement, puisse être inquiété au gré d'une individualité mécontente. La situation faite aux titulaires des fonctions actives de la société serait intenable.

---

(1) Paris, 22 avril 1870. D. 70. II. 121 et sur pourvoi Cass. civ. 7 mai 1872. D. 72. I. 233. — Paris, 11 juillet 1882 ; *Rev. des soc.*, 1883, p. 73 et sur pourvoi Cass. req. 3 déc. 1883. D. 84. I. 33. ; S. 85. I. 97.

Mais sous les réserves que formule la jurisprudence, jurisprudence que nous approuvons sans hésiter, nous pensons que l'action sociale peut être mise en mouvement par un actionnaire agissant séparément (1). Nous avions raison de ne pas « glisser » sur cette jurisprudence, car elle est en opposition manifeste avec la théorie de M. Thaller où les actionnaires disparaissent dans l'être juridique nouveau que constitue à ses yeux la société par actions.

Et puis, allons plus loin, passons condamnation, pour un instant, sur l'opinion que nous avons développée touchant l'exercice de l'action sociale par un ou plusieurs actionnaires. Admettons que les mandataires, c'est-à-dire l'administrateur, le commissaire de surveillance, n'aient été investis de leur mandat que par la collectivité, par la société, et que la société, le mandant, pourra seule demander compte des fautes commises à son détriment. Sommes-nous réduits à cette extrémité d'admettre la théorie de M. Thaller sur la personnalité des sociétés par actions? Il ne nous semble pas. M. Labbé, comme M. Thaller, avec cette différence toutefois qu'il n'a jamais varié, pense qu'un actionnaire ne peut pas

---

(1) En notre sens : Boistel. *Notes* 5 et 6, sous Lyon, 28 janv. 1890. D. 92. II. 34; *Cours de droit commercial*, 4e édit., n° 299, p. 214. — Pont. *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 1563, p. 557, et n° 1706, p. 636. — Thaller. *Note* sous Paris, 6 mai 1885. D. 86. II. 25 et suiv. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., t. I, n° 744 et suiv. — *Contra :* Labbé. *Note* sous Cass. req. 3 déc. 1883; S. 85. I. 97. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, n° 827 et suiv., p. 704 et suiv. — Thaller. *Note* au D. 93. I. 107, 2e col.

mettre en mouvement l'action sociale; et, à ceux qui pensent l'arrêter en lui rappelant que la personnalité sociale n'est qu'une fiction dont il ne faut pas étendre les effets dans un champ trop vaste, que chaque associé peut demander l'exécution du pacte social, que chaque associé peut discuter les comptes des mandataires de la société, lesquels ont été pour partie ses mandataires, à ceux-là, M. Labbé fait cette réponse : « Nous pensons que cette théorie (théorie qui considère la personnalité sociale comme une fiction) exagère une *idée vraie*. Les sociétés, même personnifiées, sont une agglomération énergiquement fusionnée de droits individuels qui subsistent. Mais la personnification qui pourrait être limitée au règlement des rapports avec les tiers, peut aussi être appliquée au règlement des comptes des administrateurs, lesquels, nommés par la majorité, ne subiront que les critiques de la majorité. Les droits individuels ne reparaîtront que dans l'attribution de dividendes. L'indice de la volonté de donner à la personnification une semblable étendue, se trouve, selon nous, dans cette clause habituelle : *L'assemblée générale régulièrement constituée représente l'universalité des actionnaires; les comptes des administrateurs seront rendus à l'assemblée des actionnaires et par elle apurés* (1). »

M. Labbé ne reconnaît pas le droit que nous avons accordé à l'actionnaire d'exercer l'action sociale, et, malgré cela, il se déclare partisan de l'idée traditionnelle sur la personnalité civile des sociétés par

---

(1) Labbé. *Note* au S. 85. I. 99, 1re et 2e col.

actions. Le caractère de fiction qu'on attribue généralement à cette personnalité lui apparaît comme une *idée vraie,* c'est un reproche d'exagération qu'il adresse à ses adversaires, et pas autre chose.

M. Thaller est-il plus heureux avec le deuxième argument que nous avons cru dégager : à savoir, l'organisation d'assemblées générales dans les sociétés par actions, leur absence dans les sociétés de personnes? De ce fait qu'il constate, M. Thaller déduit les conclusions suivantes : la personnalité des actionnaires absorbée par l'assemblée générale, dont la fonction est de manifester la volonté supérieure de la société, et au contraire la persistance des individualités particulières dans les sociétés de personnes. Nous verrons plus tard s'il n'est pas possible d'expliquer autrement la loi de la majorité, et ce sera notre réponse directe à M. Thaller, mais dès maintenant nous écartons l'argument, parce que nous ne croyons pas que la loi de la majorité soit absolument inconnue dans les sociétés par intérêts et qu'elle n'ait vraiment d'application que dans les sociétés par actions.

Poser la question, c'est faire intervenir dans le litige les principes qui régissent l'administration des sociétés civiles elles-mêmes. En effet, le silence du législateur sur l'administration des sociétés par intérêts est presque absolu. Le Code de commerce, dans les articles 22 et 24, paraît bien supposer qu'il y a une gérance organisée, ou que l'un des associés peut engager les autres, mais il est absolument muet sur tout ce qui concerne la nomination des gérants et sur leurs pouvoirs, d'une façon plus générale sur

les conditions d'administration et de fonctionnement de la société. Par suite, il n'est pas d'autre ressource que de suivre la règle générale d'après laquelle c'est aux principes posés par le Code civil qu'il faut revenir quand la loi commerciale est muette (art. 1873, C. civ.; 18, C. de com.), principes dont la base est établie par les articles 1856 et suivants du Code civil. Or, dans les sociétés civiles, est-il vrai de dire que jamais la majorité ne liera la minorité, qu'en tout et pour tout, il faudra l'unanimité ?

La plus grande partie de la doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour la négative dans l'hypothèse que voici : on sait que ce n'est qu'à défaut de stipulations spéciales que la loi trace elle-même les règles de l'administration de la société (art. 1859, C. civ.); deux partis se présentaient à l'esprit, ou bien exiger le concours de tous les associés pour chaque acte d'administration, ou bien permettre à chacun d'agir isolément. Pratiquement, il est impossible de réunir tous les associés pour tous les actes d'administration, ces actes sont trop nombreux et ils présentent souvent un caractère d'urgence qui oblige à une action immédiate; aussi la loi a-t-elle permis à chacun des associés, qu'elle investit d'un mandat tacite de ses consorts, de donner seul les ordres qui peuvent être nécessaires pour l'administration de la société. Les associés, qui ont mis quelque chose en commun, sont tout à la fois les mandataires et les mandants les uns des autres : comme mandataires, ils obligent les autres; comme mandants, ils s'obligent eux-mêmes. Mais la loi ajoute aussitôt que les autres associés ou l'un

d'eux pourra s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue (art. 1859, 1°, C. civ.). Quelle est alors la puissance de ce droit d'opposition ?

Certains auteurs (1) ont pensé que chaque associé était armé d'un droit de veto absolu, et que rien ne pourrait lever : l'associé use de son droit d'administration quand il agit, mais il en use encore quand il s'oppose, et son droit est aussi respectable, aussi intangible, dans le second cas que dans le premier. Il s'ensuit que l'associé, qui veut faire l'opération, ne peut pas provoquer une délibération de l'assemblée générale et agir ensuite même si la majorité le décidait ainsi.

Mais, nous l'avons déjà dit, ce n'est pas la solution soutenue par l'opinion générale. L'article 1859, 1°, du Code civil, quoi qu'on en dise, ne tranche pas la question ; il accorde deux droits à chacun des associés : chacun a le droit d'agir sans avoir pris le consentement des autres associés, mais aussi chacun de ceux qui n'ont pas agi peut s'opposer à l'opération. Comment trancher le conflit, quand il se produira ? L'article 1859 ne répond pas. Or, en présence du mutisme du législateur, le commentateur recouvre sa liberté et il doit user de celle-ci pour revenir à la règle de bon sens et de pratique d'après laquelle on doit se conformer à l'avis de la

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Traité théorique et pratique de droit civil : de la société*, n° 318, p. 186. — Demante et Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code civil*, t. VIII, n° 45 *bis*, II, p. 32. — Laurent. *Principes du droit civil français*, 2e édit., t. XXVI, n° 319, p. 325.

majorité (1). Autrement l'administration deviendrait impossible pour peu que les associés fussent nombreux ? Les hommes arrivent difficilement à avoir un seul et même avis sur toutes les questions concernant une entreprise ; certes, on a assez reproché à l'article 1859, 1°, du Code civil d'introduire l'anarchie dans la société, sans qu'il soit encore besoin d'aggraver la situation en prêtant au législateur l'intention de consacrer, par son silence, une règle aussi nuisible à la marche de la société que déraisonnable : le droit d'opposition irréductible et péremptoire de l'associé, en dépit de la volonté de tous ses consorts. Toutes les fois qu'il s'agit de l'application du pacte social (nous réservons expressément les mesures touchant aux bases mêmes de la société), quand il s'agit de l'accomplissement des opérations sociales, d'un acte à faire, d'une décision à prendre, dans cet ordre d'idées, il est bien évident

---

(1) Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariæ, 4e édit., t. IV, n° 382, p. 563 et note 8. — Delangle. *Des sociétés commerciales*, t. I, nos 129 et suiv., p. 140 et suiv. — Deloison. *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. I, n° 188, p. 227. — Duvergier. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, continuation de Toullier, n° 286, p. 338 et suiv. — Guillouard. *Traité du contrat de société*, n° 144, p. 203. — Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. I, n° 103, p. 79. — Pont. *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. I, nos 561 et suiv., p. 402 et suiv. — Troplong. *Du contrat de société civile et commerciale*, t. II, nos 720 et 721, p. 209 et suiv. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., t. I, n° 169, p. 86. — Pardessus. *Cours de droit commercial*, t. IV, n° 979, p. 42.

Cass. civ. 10 mars 1841. Dalloz. *Répertoire*, v° Société, n° 232, note 1, et S. 41. I. 357. — Trib. civ. de Nantes, 17 oct. 1891. *Recueil jurisp. de Nantes*, 1891, t. I, p. 429.

que la majorité, en cas de dissentiment, est nécessaire pour déterminer la marche à suivre, mais aussi qu'elle suffit et doit être prépondérante. C'est là une nécessité même du contrat ; les associés ont certainement voulu que l'administration de la société eut un cours régulier, ininterrompu, or subordonner la conclusion des actes de la vie courante au consentement de l'unanimité, c'est condamner la société à une impuissance radicale.

Il y a des règles de sens commun, et la loi du plus grand nombre s'imposant dans toute collectivité en est une, que le législateur n'a pas besoin d'édicter ; elles s'imposent d'elles-mêmes. M. Thaller invoque la tradition pour légitimer le pouvoir de la majorité dans les sociétés par actions, et, à ce propos, il cite un édit de Henri IV, de 1599, « pour le desseichement des maraiz, portant commission à cet effet à un étranger ». Nous avons vu cet édit ; s'il est intéressant, à notre avis à un degré bien minime, étant tout de circonstance, c'est beaucoup plus pour la théorie de l'indivision que pour celle des sociétés. On va en juger. L'édit accorde à un certain Bradléij une concession ayant pour objet le desséchement des marais du royaume ; et dans le cas ou plusieurs « palus et maraiz appartiennent en commun à divers propriétaires ou se trouvent tellement meslez et enclavez les uns parmy les autres, qu'il serait impossible audit Bradléij et propriétaires de les desseicher sinon conjoinctement et d'une mesme opération », il ordonne que si lesdits propriétaires sont de différents « advis pour le faict dudit desseichement, la voix des propriétaires ayant la plus

grande partie des maraiz emporte celuy de la moindre part (1) ». Au surplus point n'est besoin de remonter si haut pour légitimer, par une citation sans rapport avec la question, un principe de tous les temps parce qu'il est une émanation du bon sens et de la raison.

De ce que nous avons dit précédemment, il résulte que, dans certains cas, dans les sociétés civiles, et par conséquent dans les sociétés commerciales, dans les sociétés par intérêts puisqu'à défaut de dispositions spéciales touchant le fonctionnement de ces sociétés, c'est aux principes du droit civil qu'il faut en revenir, l'opinion de la majorité doit prévaloir. Dès lors, que devient l'argument de M. Thaller, si la majorité, dans de certaines limites, jouit d'une action prépondérante dans les sociétés par intérêts comme dans les sociétés par actions ! L'argument ne prouve rien parce qu'il prouverait beaucoup trop, si on s'y attachait plus longtemps ; quand on adopte la manière de voir de M. Thaller sur la raison d'être de la loi de la majorité, on pourrait être tenté de conclure (et pourquoi ne céderait-on pas ? rien ne s'y oppose) à l'existence d'un être de raison superposé aux associés, même dans les sociétés par intérêts. Or, il ne faut pas oublier que le terme du raisonnement de M. Thaller est une différence essentielle d'organisme entre la société par intérêts et la société par actions. Le trait dépasse le but.

---

(1) Isambert. *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'en 1789,* t. XV, p. 212.

La théorie du savant commercialiste, en ce qui concerne la nature de la société anonyme et des assemblées générales, nous apparaît donc dénuée de toute base juridique, et comme une conception personnelle à son auteur, une hypothèse dont la réalité n'est pas démontrée. Il y a là une de ces « constructions » juridiques dont M. Thaller est coutumier (1). Mais il nous est impossible de l'adopter. Le tort a été de présenter comme un commentaire de notre législation commerciale ce qui, en réalité, constitue une véritable étude de législation pure.

---

(1) Voir les théories de M. Thaller — sur la personnalité civile (Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial,* 2e édit., nos 280 et suiv., p. 168 et suiv.) ; — sur la protection des obligataires (*Annales de droit commercial,* 1894, p. 65 et suiv.) : M. Thaller soutient que, même sous nos lois actuelles, la représentation des obligataires peut être organisée ; les obligataires constituent de plein droit, au dire de l'auteur, une société fonctionnant parallèlement à la société emprunteuse et qui est seule juridiquement créancière de cette dernière. Cette société de prêt, dont les actionnaires seraient les porteurs des obligations émises, aurait un siège social, des représentants, une administration identique à celle des sociétés anonymes ; — sur le report (Thaller. *Annales de droit commercial,* 1893, p. 70 et suiv.) : M. Thaller essaie d'établir que le report de bourse s'analyse en un paiement avec subrogation.

Mais il faut être très circonspect, et à se laisser persuader trop facilement, on risquerait de rester partisan de ces conceptions malgré M. Thaller lui-même : en effet, M. Thaller semble avoir abandonné la conception du report-paiement avec subrogation (Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial,* 2e édit., nos 944 et suiv. et p. 499, no 1) et le même auteur a émis des restrictions déconcertantes en ce qui concerne sa conception touchant les sociétés d'obligataires. (Communication de M. Lévy-Alvarès, à la Société de législation comparée, sur : *Les droits communs des porteurs d'obligations d'après la loi belge,* et discussion sur cette communication, *Bulletin de la Société de législation comparée,* avril-mai 1901, p. 70 et suiv.)

CHAPITRE II

Essai d'une théorie sur la nature juridique des sociétés anonymes et des assemblées d'actionnaires.

Dans ce chapitre, nous voudrions essayer de mettre en lumière la théorie que l'étude des textes législatifs nous impose, théorie latente nous le reconnaissons, mais qui n'en est pas moins certaine à notre sens.

Il n'est pas dans notre intention d'écarter systématiquement toutes considérations économiques : une institution juridique est un organisme vivant soumis à l'évolution comme tout autre, un organisme qui doit s'adapter d'une façon aussi adéquate que possible aux nécessités de la vie réelle ; mais nous pensons que l'adaptation doit être aidée par l'autorité législative, si cet aide ne se produit pas, il y aura une sensation de malaise dans les relations économiques. Notre rôle se borne à constater les vices de notre législation ; à d'autres le soin d'y remédier.

A notre avis, le moyen le plus sûr de dégager l'esprit d'une institution est de rechercher, en se plaçant au point de vue du législateur, c'est-à-dire dans le milieu et dans les circonstances où cette institution a pris naissance, par quel enchaînement logique des idées cette institution a été créée telle qu'elle est. C'est cette méthode que nous tenterons en l'appliquant aux sociétés anonymes et aux assemblées d'actionnaires.

SECTION PREMIÈRE

DES DIFFÉRENCES CLASSIQUES ENTRE LES SOCIÉTÉS PAR INTÉRÊTS ET LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Il est un point sur lequel il faut nous expliquer dès maintenant pour le mettre hors de cause, c'est celui de la distinction admise par tous entre les sociétés par intérêts ou sociétés de personnes et les sociétés par actions ou sociétés de capitaux (1).

---

(1) Nous adopterons l'assimilation établie par l'usage entre ces expressions : sociétés par intérêts, sociétés de personnes; sociétés par actions, sociétés de capitaux. Mais nous ferons observer que la question de savoir si une société est une société de personnes ou une société de capitaux dépend uniquement de l'intention des parties au moment où elles contractent. L'intention se manifestera par le choix des parties en ce qui touche le régime de leur association (société anonyme, société en nom collectif); mais elle pourrait se manifester encore par les clauses du contrat (société civile, société minière).

L'entreprise n'exige-t-elle qu'un capital assez faible, mais dépassant néanmoins les forces individuelles de celui qui l'a conçue, on constitue une société par intérêts et, au gage pécuniaire insuffisant que peut offrir une individualité, viendra s'ajouter la garantie personnelle et solidaire des membres de la société (1). En cas de mauvaises affaires, les associés sont engagés sur tous leurs biens au remboursement des dettes. Au surplus, chaque associé compte faire de sa participation à la société la principale occupation de sa vie. Abstraction faite des transformations qui ont modifié le contrat de société tel qu'il est établi par le droit civil (solidarité entre les associés, personnalité civile), c'est encore la théorie traditionnelle du contrat de société, celle du droit romain, qui trouve ici son application. On retrouve encore, précisément à cause de cette responsabilité assumée par chacun des membres, responsabilité qui dérivera souvent du fait de la société plutôt que d'un fait personnel, c'est-à-dire après tout du fait d'un coassocié, d'un tiers, les rapports d'estime réciproque, de confiance, que les jurisconsultes romains comparaient aux rapports de fraternité. Les associés ont apporté à la société leurs biens personnels, leurs aptitudes techniques, leur industrie, leur crédit, leur honorabilité. C'est la considération des ressources de l'associé, de ses qualités personnelles, somme toute la considéra-

(1) Nous envisageons uniquement, dans notre raisonnement, la société en nom collectif et la société anonyme qui sont les deux types, la première des sociétés de personnes, la seconde des sociétés de capitaux.

tion de la personne, qui est l'élément dominant du contrat, son caractère spécifique, c'est-à-dire ce qui le fait connaître de manière à le distinguer de tout autre.

Les conséquences notables qu'on tire de cette idée sont les suivantes et elles n'exigent qu'un souvenir : d'une part, tout fait, qui viendra détruire la confiance réciproque des associés ou démontrer que cette confiance était injustifiée, entraînera la dissolution ou l'annulation de la société. Chacun des associés reprendra l'exercice de sa liberté, quand la mort supprimera le concours d'un des membres ou bien lorsque la faillite ou la déconfiture rendra ce concours inefficace ; il reprendra encore l'exercice de sa liberté, quand il arrivera à se convaincre et à établir qu'il y a eu de sa part erreur dans la personne d'un de ses coassociés (art. 1110, al. 2, C. civ.) D'autre part, la société par intérêts est une société fermée, la société a été formée *intuitu personæ,* aucun associé ne peut, sans le consentement des autres, ni se retirer de la société ni y faire entrer un tiers à sa place (art. 1861, C. civ.), et c'est là un point tellement essentiel que les héritiers eux-mêmes d'un associé ne peuvent prendre dans la société la place de leur auteur (art. 1865, 3°, C. civ.).

Mais à côté de ces petites affaires dont la société, dans sa forme traditionnelle, peut satisfaire les besoins, il y a les grandes affaires, grandes dans l'espace, elles sont souvent internationales, mais grandes surtout par les chiffres qu'elles remuent, des centaines de millions, grandes aussi par la durée, par les années qu'elles embrassent. La fortune, le

crédit de quelques personnes seraient insuffisants. On fait appel aux gros capitalistes qui ne veulent pas faire de la participation à la société la principale occupation de leur vie, ni risquer tout leur avoir dans une même entreprise. C'est un risque limité qu'on leur offre. Puis on sollicite aussi la petite épargne. En conséquence, pour former les agglomérations de capitaux nécessaires à ces grandes entreprises, on divise le capital social en coupures petites et cessibles, petites, afin qu'elles soient à la portée de tous, cessibles, afin que l'associé puisse toujours réaliser son apport, en vendant sa part sans rien changer à la société. Voilà pour répondre aux besoins pécuniaires de l'entreprise.

Remarquons-le, c'est l'apport seul qui a été pris en considération ; la considération de la personne n'a plus ici aucune place : l'*intuitus pecuniæ* a été substitué à l'*intuitus personæ*. L'actionnaire limite dès le début sa part contributoire aux dettes sociales ; si ces dettes sont supérieures au capital, le créancier de la société se trouve dès lors dans une situation analogue à celle où il se trouverait en cas de faillite d'un de ses débiteurs quelconques, quand il est obligé de n'accepter qu'un dividende.

Du moment que dans l'associé on ne considère plus que la mise, aucun des changements, qui peuvent survenir dans le personnel de la société, n'affecte l'existence de celle-ci. La durée de la société pourra se prolonger malgré toutes les altérations qui pourront atteindre la vie ou la capacité des associés. Plus d'action en nullité fondée sur l'erreur dans la personne, plus de dissolution

motivée par la mort, la faillite ou la déconfiture d'un associé. Enfin nul obstacle à ce qu'un associé se retire de la société pour y faire entrer un tiers en son lieu et place. En un mot, de cette idée que la société s'est fondée sans *intuitus personæ* résulte une dérogation aux articles 1861 et 1865, 3° et 4°, du Code civil, articles incontestablement applicables aux sociétés par intérêts. La société par actions pourra donc, avec un capital suffisant, entreprendre les affaires à longue échéance, puisque son existence n'est pas liée à la vie d'un actionnaire.

Voilà les distinctions classiques, que nous avons cru devoir rappeler brièvement, entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux ; mais peut-on aller au delà et concéder qu'il existe, comme on l'a dit (1), un « abîme » entre ces deux catégories de sociétés, c'est ce que nous ne pensons pas.

SECTION II

LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ ANONYME, COMME TOUT AUTRE, DIMINUE L'AUTONOMIE DES CONTRACTANTS, SANS EFFACER D'UNE FAÇON COMPLÈTE LEUR PERSONNALITÉ. L'ASSEMBLÉE DES ACTIONNAIRES N'EST QUE LA RÉUNION DES ASSOCIÉS, RÉUNION RÉGLEMENTÉE PAR LA LOI.

Dans notre ancien droit, l'association de capitaux, sans aucun vestige de l'élément personnel, était

(1) Jacquier. *Des assemblées générales d'actionnaires*, th. doct., Aix-Marseille, 1899, p. 149.

connue et pratiquée. Si Richelieu n'avait vu dans ses conceptions coloniales que la compagnie de peuplement, Colbert et, avant lui, Fouquet avaient joint à cette idée celle de la colonie de commerce et d'exploitation.

Au commencement du dix-huitième siècle l'essor des *grandes compagnies* (1) est complet et leur champ d'action est considérable ; les plus puissantes de ces compagnies sont celles des Indes orientales, du Sénégal, de la Chine et de l'Assiente, celle du Canada ou de la Nouvelle France, etc. Toutes ces compagnies constituaient des associations puissantes, qui, sans prendre la dénomination de sociétés anonymes (cette qualification était réservée à la participation), répondaient par leur combinaison économique à l'idée de nos sociétés anonymes modernes ; en effet, les membres de ces compagnies n'étaient engagés que jusqu'à concurrence de leur mise et l'administration était confiée à des mandataires, qui ne contractaient à raison de leur gestion aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société (*conf.* art. 32 et 33, C. de co.). Mais ce n'est pas là le trait essentiel de ces institutions. Les grandes compagnies s'inspiraient, non des vues du colon ou du commerçant, mais de celles de l'explorateur et du conquérant ; et, en réalité, elles poursuivaient un but politique plutôt qu'un but commercial et

---

(1) Consulter sur cette question : Frémery. *Etudes de droit commercial*, p. 54 et suiv. — Bonnassieux. *Les grandes compagnies de commerce*, p. 169 et suiv.

industriel. Chacune d'elles jouissait en fait d'un privilège, elles naissaient rarement de l'initiative privée, presque toujours de l'action directe du gouvernement, de la volonté royale qui se manifestait dans un édit.

Aussi l'ordonnance de 1673 (1) était-elle absolument muette sur les grandes compagnies. Elle réglementait en effet la société générale ou ordinaire (société en nom collectif), la société en commandite, la société anonyme (association en participation), mais des grandes compagnies, il n'était pas fait mention.

Après quelques hésitations, la Convention supprima les grandes compagnies par un décret des 26-29 germinal an II. Mais lors de la refonte de la législation qui régissait les sociétés, la forme d'association, connue dans l'ancien droit sous le nom de *grande compagnie*, réapparut. Le Code de commerce de 1807 distinguait, en effet, dans son article 19, trois espèces de sociétés commerciales : la société en nom collectif (ancienne société générale), la société en commandite et la société anonyme. Cette société anonyme que la nouvelle législation reconnaissait n'était plus ce que l'ordonnance de 1673 désignait sous ce nom, l'association en participation, c'étaient ces grandes compagnies supprimées par la Convention, grandes associations de capitaux, dont les actionnaires étaient irresponsables, dont les mandataires eux-mêmes ne contractaient aucun engagement

(1) Jousse. *Commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, publié par Bécane, 2e édit., Paris, 1841, p. 78 et suiv.

personnel. Elles avaient eu, jusqu'à l'époque de leur suppression, un caractère plutôt politique que commercial et financier. Elles réapparaissaient, sous le nom de sociétés anonymes, avec une fonction exclusivement commerciale.

Cette forme d'association, où aucun des membres n'était responsable à l'égard des tiers, l'expérience l'avait démontré, était éminemment propre à la réalisation des vastes entreprises. Les législateurs de 1807 ont cru devoir l'offrir désormais à l'initiative privée en l'introduisant dans le cadre de la loi générale. Mais tandis que la société en nom collectif et la société en commandite allaient jouir, comme par le passé du reste, d'un régime de liberté et d'indépendance qui semble la caractéristique des opérations commerciales, la naissance de la société anonyme fut subordonnée à la nécessité d'une autorisation administrative et sa vie mise en tutelle. Il fallait un décret pour lui permettre d'exister et ses opérations étaient soumises à la surveillance administrative (art. 37, C. de co.). La justification de cette intervention de l'Etat ? On pourrait croire que si, autrefois, cette intervention avait sa raison d'être dans le caractère même, dans la nature des anciennes compagnies dont la forme et l'économie se retrouvent dans la société anonyme, elle était maintenue dans la nouvelle législation un peu par une habitude traditionnelle. Sans nier l'influence de cette habitude, il faut reconnaître que cette intervention avait encore une cause très réelle.

D'une institution, qui jusqu'alors avait eu un caractère privilégié et une place à part, le législateur

fait une institution de droit privé et s'efforce de la faire rentrer sous la loi ordinaire des contrats ; mais cependant, en dehors des souvenirs qui devaient hanter son esprit, il ne pouvait oublier que cette nouvelle forme d'association différait notablement des conventions ordinaires par son mode de formation.

On a quelquefois proposé de faire pour les sociétés commerciales un régime analogue à celui du contrat de mariage, c'est-à-dire le régime de droit commun des contrats, celui de la liberté des conventions : des types d'association seraient proposés aux parties avec liberté complète pour celles-ci d'en modifier les dispositions, de les combiner au gré de leur intérêt ou de leur caprice, sous quelques réserves imposées par la morale, l'ordre public, certains intérêts supérieurs dont la loi préciserait les exigences. La réflexion la plus courte suffit à faire écarter cette idée dangereuse.

Dans une convention ordinaire, les prétentions contradictoires des parties sont nettement précisées et elles sont pesées avec la plus grande minutie : il y a deux intérêts en lutte, mais deux intérêts qui savent se garder et on peut dire qu'à peu de chose près, la partie se joue d'égal à égal. Il est à peine besoin d'insister : les clauses des contrats de mariage sont discutées avec une diplomatie poussée jusqu'à l'extrême, les contrats de vente font souvent l'objet de pourparlers interminables et en disproportion bien souvent avec l'intérêt engagé. On pourrait multiplier ces exemples saisis dans la vie pratique ; terminons en attirant l'attention sur le contrat de société dont les seules applications fréquentes, en

1807, étaient ou bien une société civile ou bien la société en nom collectif et la société en commandite. Ici encore dans ces sociétés créées uniquement ou surtout en vue des personnes, les intérêts sont face à face, la discussion est toujours sérieuse, réfléchie, contradictoire, elle possède ces caractères dès l'origine, elle les conservera encore pendant tout le cours de la durée du contrat.

Les mêmes traits ne se présentent plus dans la société anonyme. Les adhérents sont trop nombreux, pour qu'il soit possible de songer ici à un mode de formation analogue à celui qui, généralement, donne naissance aux conventions. Le législateur a pensé avec raison que la conclusion du contrat se ferait d'autre façon et ne présenterait pas les mêmes garanties. Tout le monde sait les conditions dans lesquelles prennent naissance les sociétés anonymes. Quelques hommes de compétences variées, ingénieurs, financiers, jurisconsultes, après avoir conçu l'idée d'une entreprise, étudient, se livrent à des investigations, à des recherches préparatoires. Puis, quand le projet a été suffisamment mûri et présente des chances de réussite, ils rédigent un projet de pacte social et s'adressent au public, aux capitalistes grands et petits, ils lancent des prospectus accompagnés de statuts et de bulletins de souscription. Les intéressés, qui seront peut-être les associés de demain, lisent le prospectus ; attirés par de brillantes promesses, qui n'ont d'égale bien souvent que la brillante imagination du rédacteur, ils souscrivent, mais, comme on l'a dit, du pacte social ils connaissent une seule chose, le bulletin de souscription au

pied duquel ils apposent leur signature ; relativement aux stipulations de l'acte de société, ils sont en fait la plupart du temps de véritables tiers.

Par ailleurs, ce nouveau contrat que le législateur introduisait dans nos lois commerciales, intéressait gravement le crédit public. S'il était destiné, comme on l'espérait, à favoriser la prospérité commerciale et industrielle du pays, il pouvait aussi amener des ruines d'autant plus désastreuses que l'agrégation des capitaux mis en jeu aurait été considérable. Le drainage des capitaux, que les sociétés anonymes allaient pratiquer, aurait une répercussion inévitable sur le crédit de la France. En fait les actionnaires, dans les sociétés anonymes, sont un peu dans une situation analogue à celle d'un mineur, de ces personnes incapables d'administrer elles-mêmes leurs biens et auxquelles le législateur doit tendre la main. La protection consistera dans l'autorisation et la surveillance administratives.

Mais ce qu'il ne faut pas perdre de vue, au milieu de ces développements, c'est cette idée, sur laquelle nous aurons à insister plus tard, que dans la société anonyme il y a un contrat soumis à des règles particulières, mais enfin un contrat, auquel les principes du droit commun restent applicables en tant que le législateur n'y a pas apporté de dérogation.

Pendant cinquante ans environ, la société anonyme a vécu et fonctionné sous ce régime de l'autorisation et de la surveillance administratives. Mais autorisation et surveillance administratives n'étaient pas un élément indispensable de cette espèce de société, ce n'était qu'un moyen de protection, une garantie de

formation régulière et de bonne administration et pas autre chose. Peu à peu on se laissa inspirer, ici comme en tout, par un besoin d'uniformité. Du reste, cette nécessité d'obtenir un décret pour la formation d'une entreprise privée avait un peu les allures d'un privilège ; on s'est aperçu qu'à remplacer ce système de l'autorisation par une réglementation légale fixée une fois pour toutes et d'une façon invariable, on n'avait rien à perdre et peut-être quelque chose à gagner. Le système de l'autorisation avait son utilité, mais il avait aussi l'inconvénient de donner à certaines entreprises les apparences d'une garantie de l'Etat. Quant à la surveillance administrative, elle ne pouvait s'exercer que dans des conditions défectueuses, partant inefficaces. On pensa que, par de sages dispositions, la loi pouvait tracer aux intéressés la marche à suivre pour se protéger et se défendre et que l'initiative individuelle serait préférable même à l'action de l'autorité publique.

Ce changement de vues, sur l'intervention de l'Etat, devait amener une révolution dans la législation sur les sociétés anonymes : la révolution se produisit, mais avec un peu de lenteur, sans brusquerie ; la loi du 23 mai 1863 (1), sur les sociétés à responsabilité limitée (art. 3), dispensa de l'autorisation certaines associations qui, sous la dénomination de sociétés à responsabilité limitée, n'étaient

---

(1) Voir Devilleneuve et Carette. *Lois annotées*, 5e série, année 1863, p. 73 et suiv.

en réalité que des sociétés anonymes (1) dont le capital social ne pouvait pas dépasser vingt millions. On voulut ainsi laisser aux avantages d'un régime de liberté le temps de se manifester et attendre que l'expérience eût permis de les apprécier. En 1865, on considéra que l'épreuve était suffisante et le gouvernement proposa de dégager toutes les sociétés anonymes de la formalité de l'autorisation et de les affranchir de toute surveillance administrative. Après des vicissitudes, le projet de 1865 devint la loi actuelle de 1867. Cette loi de 1867, modifiée par la loi du 1er août 1893, constitue le dernier stade de l'évolution de notre législation sur les sociétés anonymes. Le législateur étend à toutes ces sociétés la faveur qu'il n'avait accordée, en 1863, qu'à celles d'un capital restreint (art. 21 et 47, loi du 24 juillet 1867).

Au premier coup d'œil, cette loi de 1867 semble faire une grande révolution dans notre législation commerciale, mais en réalité il n'en est rien; la révolution était faite le jour où la loi du 23 mai 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée, a été votée, et en outre elle n'a pas les proportions qu'elle paraît avoir.

Son avantage, au point de vue où nous nous

---

(1) La Commission du Corps législatif, lors du vote de la loi de 1863, proposa en effet de remplacer la qualification de *société à responsabilité limitée* par celle de *société anonyme*. Le Conseil d'Etat n'admit pas cet amendement, mais uniquement pour cette raison que la société anonyme avec autorisation était maintenue et qu'étendre cette dénomination à une autre espèce de société, quelque analogie qu'il y eut entre elles, c'eût été, en fait, mettre le public en défiance contre ces nouvelles sociétés anonymes auxquelles la garantie officielle aurait semblé faire défaut.

plaçons, c'est de ranger la société anonyme, d'une façon plus complète que par le passé encore, sous le régime ordinaire des contrats. Liberté sous une réglementation plus ou moins étroite, n'est-ce pas là l'idée que l'on pourrait placer en vedette au titre des contrats ? Réglementation uniforme s'appliquant à tous et contenue aux articles 1101 et suivants du Code civil ; puis, réglementation spéciale, ajoutant à la première, y dérogeant quelquefois et édictée au fur et à mesure que le législateur passe en revue les principaux contrats (donation, contrat de mariage, nantissement, société, etc.) : voilà toute l'économie de notre législation touchant cette matière.

Nous prétendons que ce régime de la liberté réglementée n'est pas une exception dans notre droit, c'est la règle ; on la retrouve dans les sociétés civiles, dans les sociétés commerciales par intérêts. Mais, en général, la réglementation est si simple, si peu rigoureuse, s'inspire de principes tellement essentiels d'ordre public et de bon sens, qu'on l'oublie pour ne plus songer qu'à la liberté. Erreur à notre sens ; qu'il s'agisse d'une société civile, d'une société commerciale par intérêts ou d'une société par actions, spécialement d'une société anonyme, le principe reste le même. Ses applications à des matières diverses, à des contrats variés, produiront des résultats différents, mais il ne faut pas se laisser dérouter, il faut au contraire maintenir le principe : il se retrouve partout.

Or, dans un contrat ordinaire, quelle est la situation respective des contractants ? Il y a deux ou plusieurs individus dans une autonomie absolument

complète, l'un d'eux ou plusieurs abdiquent quelque chose de cette autonomie, de cette indépendance originaire, un lien contractuel s'établira entre chacune des parties. On n'a jamais contesté qu'il en soit ainsi dans une société civile, ni dans une société commerciale par intérêts, mais on a nié qu'il faille admettre cette idée dans les sociétés par actions. Nous avons examiné cette théorie développée par M. Thaller avec le talent de persuasion qui lui appartient et contre lequel nous avons eu l'audace de lutter; nous pensons que, dans la société par actions, il y a un lien juridique que les associés ont formé entre eux, et qui dominera toutes leurs relations futures. Que l'on considère la société anonyme, dans sa naissance ou dans son fonctionnement, l'aspect ne change pas et c'est toujours l'idée de contrat qui doit présider au règlement des rapports entre les membres. A examiner les choses de près, il est facile de s'en convaincre et de reconnaître par quel enchaînement d'idées, le législateur est arrivé à façonner tel qu'il l'a fait le moule auquel les sociétés anonymes doivent se plier.

Quand on étudie l'économie générale de notre législation actuelle sur les sociétés, on s'aperçoit que parmi les dispositions de la loi du 24 juillet 1867, touchant les sociétés anonymes, il faut en distinguer deux catégories se rattachant à des préoccupations distinctes :

Une partie de la loi de 1867, en effet, a un caractère en quelque sorte financier : elle concerne tout ce qui a trait à la naissance de la société ; la période constitutive est l'objet de dispositions législatives

(art. 24 qui déclare applicables aux sociétés anonymes les art. 1er, 2, 3, 4 ; art. 25) ayant pour but d'assurer la protection et la sécurité des actionnaires et des tiers. Le législateur a voulu prévenir les dangers que pourrait courir la société si les fervents de l'agio parvenaient à mettre la main sur elle. Dans ce but, il impose la souscription intégrale du capital social et le fractionnement de ce capital en actions d'un taux déterminé, la libération partielle ou totale du montant des actions suivant une distinction que nous préciserons dans la suite, la déclaration faite par les fondateurs devant notaire, après vérification de l'assemblée constitutive, que les deux conditions précédentes ont été réalisées, etc. ; toutes conditions avant la réalisation desquelles la société n'existe pas encore (art. 25, al. 5, de la loi du 24 juillet 1867). En droit, il y a bien déjà quelque chose : le contrat entre fondateurs, le contrat d'apport, le contrat de souscription, ont établi entre les futurs associés un état de créanciers et d'obligés spécial, mais la société qu'annoncent tous ces faits n'est pas encore née, elle est dans sa période constitutive et elle ne verra peut-être jamais le jour. Toute cette réglementation est spéciale aux sociétés par actions et rien dans les principes du droit commun n'a pu en fournir l'idée ; elle avait été essayée en 1856 lors de la loi sur les commandites par actions, elle reparaît en 1867, avec la sévérité en moins.

La seconde partie de la loi nouvelle vise l'administration de la société anonyme, son mécanisme de fonctionnement. Les rouages de la société ano-

nyme sont au nombre de trois : les assemblées générales d'actionnaires, le conseil d'administration, les commissaires de surveillance. Le pouvoir souverain réside dans la masse des actionnaires et s'exerce dans des assemblées périodiques. Les actionnaires, incapables d'exercer eux-mêmes leurs pouvoirs dans les actes de la vie juridique quotidienne, donnent mandat aux administrateurs qui gèrent les affaires sociales, représentent la société dans ses rapports avec les tiers, agissent pour elle en justice. Puis, en même temps, ils donnent mission aux commissaires de surveillance d'exercer sur les actes des administrateurs un contrôle auquel ils ne peuvent eux-mêmes se livrer et de les éclairer sur la direction donnée à la société. A cet effet, les actionnaires tiendront chaque année des assises dans lesquelles ils nommeront et révoqueront les administrateurs et dans lesquelles aussi ils décideront les affaires les plus importantes, excédant à ce titre les pouvoirs des mandataires investis des fonctions de gestion.

A vrai dire, cette organisation était la seule possible, étant donnés l'extension que la société anonyme est appelée à prendre et prend généralement, l'accroissement sans limite du nombre des adhérents. Par un enchaînement logique des idées, la réglementation légale devait être telle qu'elle est.

Il faut prendre les choses d'un peu loin pour s'en rendre compte et revenir aux principes posés par le Code civil (art. 1856, 1857, 1858, 1859). Le Code civil laisse les parties régler, comme bon leur

semble, l'administration de la société ; et, ce n'est qu'à défaut de stipulations spéciales, que la loi trace les règles du fonctionnement de la société. D'ordinaire, les statuts auront organisé une gérance, ils auront constitué un ou plusieurs mandataires, et l'unité de direction est ainsi assurée. Quelquefois, cependant, les statuts sont muets, le législateur devait alors intervenir en matière de sociétés comme en toute autre ; il devait établir le régime intérieur qui réglerait les rapports des associés entre eux. Exiger que les associés agissent en même temps, qu'ils aient constamment la main dans la main, aurait été une idée chimérique qui ne se présenta même pas à l'esprit du législateur. Le législateur a supposé que les parties, en cas de mutisme de leur part, ont entendu constituer une administration collective, et sanctionnant leur volonté présumée, il déclare que les associés sont censés s'être donnés réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (art. 1859, 1°, C. civ.).

Ce système établi par le Code, à défaut de stipulations spéciales, a été vivement critiqué ; on a dit que si ces dispositions de l'article 1859 sont convenables pour des personnes en état de communauté, qui veulent seulement jouir de choses indivises entre elles, elles sont subversives du principe fondamental de toute société : au lieu d'établir l'ordre et l'harmonie, l'article 1859 organise la lutte et prépare des collisions entre les associés. Une société, dont les membres, volontairement ou par négligence, ont omis de s'expliquer eux-mêmes sur la constitution de la gérance et de l'administra-

tion, est, dit-on, une société vouée dès son origine à une anarchie certaine (1).

C'est un reproche auquel nous ne nous associons pas ; il serait fondé si les règles édictées dans l'article 1859 étaient imposées, si surtout elles constituaient un mode général d'administration pour toutes les sociétés tant civiles que commerciales, or cela n'est pas. En effet, l'article 1859 ne vise que les sociétés civiles pures et simples, c'est-à-dire des sociétés qui se forment généralement entre un petit nombre de personnes (2) ; et à supposer qu'une société civile réunisse un capital considérable et de nombreux adhérents, il est hors de doute que le pacte social contiendra des règles très précises relatives à la gestion. Mais, les dispositions de l'article 1859 ne s'appliquent plus du tout aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés anonymes. En ce qui concerne ces sociétés, elles ont été profondément modifiées.

Nous allons voir comment ces modifications se sont faites, quelle suite logique des idées les a imposées.

A voir les choses par leurs grandes lignes, on peut dire que le système du Code civil est celui qui doit être appliqué aux sociétés par intérêts. La foi commerciale est muette sur l'administration et la gérance dans les sociétés en nom collectif. Sans hésitation possible, il faut s'en référer aux disposi-

(1) Duvergier. *Du contrat de société*, n° 7. — Guillouard. *Traité du contrat de société*, n° 140, p. 198.

(2) Pont. *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, 2e édit., t. I, n° 494, p. 367.

tions de la loi civile, qui est applicable, on le sait, aux sociétés de commerce dans tous les points où il n'y a pas été dérogé. Dans ces sociétés, le législateur laisse la plus grande latitude aux associés, le régime légal interviendra seulement lorsque les associés auront omis de s'expliquer eux-mêmes.

Il faut même aller plus loin et étendre les dispositions du Code civil aux commandites. Sans doute, les commanditaires ne peuvent, sans compromettre leur situation, faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration (C. de co., art. 27 et 28, mod. loi du 6 mai 1863). Mais à cela près, on peut dire que toute société en commandite contient en réalité une société en nom collectif. Les associés en nom, les commandités sont seuls personnellement et solidairement responsables, et seuls ils ont le droit d'engager la société et de la gérer. A leur égard, la société est véritablement une société en nom collectif (C. de co., art. 24); et par conséquent, à défaut de stipulations spéciales, les associés en nom constituent tacitement une administration collective et sont censés s'être donnés réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre.

En fait, cette administration collective est toujours écartée dans les sociétés par intérêts, comme dans les sociétés civiles, dès que les associés sont en nombre suffisant pour faire écarter la possibilité de l'harmonie nécessaire à la prospérité ; renonçant alors au droit de gérer ensemble, les associés conviennent entre eux qu'un seul ou plusieurs géreront pour tous.

Et précisément, dans les sociétés anonymes, la loi

impose cette renonciation. Outre les actionnaires et les tiers dont les intérêts sont en jeu, la prospérité nationale elle-même est engagée par cette réunion de capitaux que supposent de semblables sociétés ; l'effondrement d'une entreprise de cette nature s'accompagne toujours d'une atteinte au crédit public. Il fallait, à tout prix, que ces sociétés ne puissent fonctionner qu'avec toutes les garanties possibles. Tolérer une administration collective, c'était à coup sûr, et personne n'aurait contredit, introduire l'anarchie complète, c'était surtout aller au devant d'une impossibilité qui s'impose à première vue. Le chiffre des adhérents à une société anonyme d'extension simplement moyenne atteint sans difficulté la centaine. Pouvait-on un seul instant s'arrêter à cette idée qu'à défaut de convention, chacun des associés aurait le droit d'agir au nom de la société? Evidemment non. Or tous les actionnaires sont au même titre dans la société anonyme et ils ont un droit égal : la société anonyme étant une réunion de capitaux, un composé d'éléments irresponsables, l'administration ne peut appartenir à un associé plutôt qu'à un autre. Le droit d'agir au nom de tous et de diriger les affaires sociales est un droit qui, en principe, appartient à tous, et puisqu'il est impossible qu'il soit exercé collectivement, il s'ensuit qu'il doit être délégué.

Dans les sociétés civiles, la loi laisse le choix aux intéressés entre l'administration directe et l'administration déléguée, et nous avons vu que ce régime est applicable aux sociétés commerciales par intérêts. Dans les sociétés anonymes, la loi impose

l'administration déléguée à un ou plusieurs mandataires. Nous savons qu'on pourrait souvent s'y tromper et que les administrateurs apparaissent comme les vrais souverains dans la société : ce sont eux qui, tous les jours, donnent les ordres aux subordonnés, entreprennent et exécutent les opérations, concentrent toute l'action sociale entre leurs mains et plus d'une fois ils ne laissent que les apparences de la suzeraineté à une assemblée, ignorante, négligente, pressée ou enfin trop prévenue pour ne pas contresigner en aveugle tout ce qu'on lui soumettra. Mais il n'en reste pas moins vrai, en dépit des apparences, que la loi réserve formellement aux actionnaires le droit de contrôle, le droit d'imprimer à la société la direction qu'ils jugent opportune ; et le droit d'administration réside si bien sur la tête de chacun des associés que tous les ans l'assemblée générale sera convoquée à l'effet de vérifier l'inventaire, d'entendre le rapport des administrateurs et celui des commissaires de surveillance, d'examiner le bilan et les propositions de distribution de dividendes, d'autoriser les administrateurs à passer les actes excédant les pouvoirs qui leur ont été conférés par les statuts.

L'assemblée générale est donc un organe essentiel avec des attributions inaliénables et intransmissibles, à qui toutes les questions majeures doivent être soumises. C'est en elle que réside le pouvoir souverain, mais un pouvoir souverain qui s'exerce dans les limites du contrat, de la convention. L'assemblée générale n'est que la réunion de tous les associés, réglementée par la loi, et dans laquelle

se décideront toutes les questions qui concernent l'administration, l'exécution de la convention intervenue entre tous ses membres : ce sera sa fonction normale, qu'elle exercera annuellement dans ses assises ordinaires ; elle pourra en avoir d'autres, mais il faudra que l'investiture vienne de la loi elle-même ou des statuts.

Nous avons déjà vu d'une façon incidente que la loi lui impose l'obligation de vérifier l'accomplissement par les fondateurs des formalités de la constitution de la société, de contrôler la valeur des apports en nature et la cause des avantages particuliers, de procéder à la nomination du personnel dirigeant : administrateurs (si les statuts ne contiennent pas leur désignation), commissaires de surveillance. Tout cela sera la mission des assemblées constitutives.

Nous examinerons, plus tard, si la loi a ajouté le pouvoir de modifier les statuts, c'est-à-dire, en réalité, la convention : c'est la question connue sous le nom de l'omnipotence des assemblées générales. Elle est trop controversée et trop importante pour ne pas faire l'objet d'une étude attentive dans laquelle les principes posés ici nous seront d'une grande utilité.

Dans les assemblées d'actionnaires, les délibérations, nous dit la loi, seront prises à la majorité (art. 28, al. 1er, loi du 24 juillet 1867). Il n'y a rien là qui doive surprendre, si l'on réfléchit tout d'abord que cette loi de la majorité est imposée par le bon sens le plus élémentaire : dans les sociétés par intérêts et dans les sociétés civiles, comme nous l'avons

constaté (1), l'opinion de la majorité doit prévaloir dans certains cas ; *a fortiori,* on devrait admettre la même règle dans ces agglomérations de capitaux qui mettent en présence un nombre considérable de personnes. A ce fondement, que la loi de la majorité trouve dans le sens commun, s'ajoute d'ailleurs une base juridique : les associés, en souscrivant à la formation de la société, ont eu connaissance de son organisation, ils ont été avertis qu'à un moment donné ils devraient s'incliner sous la volonté de leurs coassociés plus nombreux ; en sorte qu'on peut dire que le résultat de chaque délibération a pour lui l'unanimité des actionnaires.

En résumé, en dehors des différences incontestables entre la société par intérêts et la société par actions, différences que nous avons mises hors de cause dès le début, l'idée qui domine la théorie des sociétés anonymes, comme celle de toutes les autres sociétés, est encore et seulement l'idée de contrat. L'intérêt des actionnaires et des tiers, que le législateur assimile à l'intérêt public en notre matière, a pu conduire à une réglementation minutieuse et inflexible ; nous pensons néanmoins, et c'est un point essentiel à noter, qu'il faut revenir aux principes généraux des contrats quand la loi est muette ou obscure.

Peut-être qu'au cours de notre étude, cette conception de la société anonyme nous apparaîtra un peu vieillie et surannée ; mais si elle est juste, si le législateur l'a adoptée, le moyen de ne pas l'accep-

(1) *Vide supra,* p. 36 et suiv.

ter? Notre Code de commerce a deux défauts graves, que l'on signale depuis longtemps : il est incomplet, et, de plus, dans les matières qu'il traite, il n'est pas en rapport avec les besoins du commerce. On l'a appelé fort justement le « Code des petites affaires (1) ». Il a été l'objet de remaniements successifs, spécialement en ce qui concerne les sociétés par actions. Au cours de ce siècle, le législateur a retouché sans cesse cette partie de son œuvre, en 1856, 1863, 1867, 1893 ; à chacune de ces retouches, il s'est efforcé de mettre l'institution en mesure de satisfaire aux nécessités économiques nouvelles. A-t-il réussi? Nous ne pouvons pas nous en porter garant, et pour l'instant nous laissons la question sans réponse.

---

(1) Léveillé. *Notre Code de commerce et les affaires. — Leçon d'ouverture d'un cours de droit commercial : Revue critique,* 1869, t. XXIV, p. 178 et suiv.

DEUXIÈME PARTIE

COMPOSITION DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES

CHAPITRE PREMIER

De l'actionnaire. — Criterium.

Les assemblées générales seront composées des actionnaires. Il était facile de le supposer, et au surplus, la loi de 1867 le laisse entendre, dans les divers articles du titre II consacré aux sociétés anonymes.

Mais la question est loin d'être vidée, et il n'eût pas été inutile, les controverses doctrinales en sont la preuve, de dire ce que c'était que l'actionnaire, quel est le criterium auquel l'interprète pourra distinguer l'action. Autour d'une société par actions, d'une société anonyme, puisque c'est à celle-là seulement que nous bornons notre étude, gravitent diverses catégories de personnes, dont les titres sont de nature juridique variée et les droits plus ou moins différenciés. La pratique désigne ces titres sous le nom d'actions de capital, d'actions d'apport, d'actions simples, d'actions privilégiées, d'actions industrielles, d'actions de prime, de parts de fondateur ; c'est là une terminologie sur laquelle nous faisons les plus expresses réserves et que nous vou-

lons ignorer pour l'instant. Nous plaçant à un point de vue exclusivement juridique, nous voudrions rechercher le caractère distinctif de l'action, son criterium scientifique (1).

Certes les théories ne manquent pas, mais nous ne souscrivons à aucune. Dire que l'action représente une part du capital social, qu'elle entraîne la participation aux bénéfices et aux pertes, qu'elle est cessible, ajouter si l'on veut, l'accès aux assemblées générales et le partage du fonds social, c'est, à notre avis, cacher une idée juste au milieu de beaucoup d'inutilité, c'est surtout proposer un criterium pratique, qui permettra à un homme d'affaires de débrouiller rapidement une situation de fait, ce n'est pas dégager l'élément essentiel qui constitue l'action. La participation aux bénéfices, la possibilité de se substituer des tiers par voie de cession, etc., sont des droits sans lesquels l'action ne se conçoit pas ; mais on tourne dans un cercle vicieux, si, pour déterminer la nature d'un titre, on s'attache aux prérogatives de son titulaire, aux droits qu'il confère et qui découlent précisément de sa nature. Il faut examiner la structure de la société anonyme, se rappeler quelle en est l'économie pour émettre une idée exacte en ce qui concerne l'action.

Toutes les fois qu'une entreprise dépasse la sphère

(1) Par hypothèse, nous sommes en présence d'une société anonyme, et nous devons rester étranger à la discussion sur les caractères distinctifs de l'action envisagée par rapport à l'intérêt. Les nombreuses théories émises sur cette question des caractères distinctifs de l'intérêt et de l'action ont été condensées dans un article, un peu ancien, de M. Beudant. *Revue critique*, 1869, t. XXXIV, p. 135 et suiv.

des capacités individuelles, à raison de son étendue, de sa durée, de telle sorte que le même homme ne peut plus fournir une énergie et des capitaux en quantité suffisante, un nombre plus ou moins grand d'individus se réunissent et l'entreprise se trouve constituée sous la forme de société. Deux sortes de sociétés sont au choix des contractants : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

L'entreprise à exploiter est modeste, elle exige le concours personnel de deux ou de plusieurs individus, la réunion de leurs capitaux : des personnes se connaissent, savent exactement les garanties de chacune d'elles au point de vue technique et au point de vue pécuniaire, elles se choisissent comme associés. Voilà la société de personnes, avec les traits particuliers que nous avons indiqués dans notre première partie (1).

Peu à peu, les entreprises sont devenues de plus en plus considérables (chemins de fer, banques, mines, manufactures...) ; la société de personnes avoue son impuissance. Les capitaux réunis par les différentes personnes qui avaient conçu de telles œuvres sont insuffisants. Par ailleurs les risques sont de nature à effrayer les plus audacieux : aucun capitaliste, si riche fût-il, n'aurait pu ni osé fournir les 1,300 millions dépensés pour le percement de l'isthme de Panama à cause des risques à courir, tandis que ces risques divisés à l'infini n'ont plus effrayé personne, et par le fait, cet immense écroulement, s'il a été pour beaucoup une cause de pertes,

(1) *Vide supra*, p. 44 et suiv.

n'a entraîné la ruine que d'un très petit nombre de personnes. La société de capitaux intervient. Les individus, qui ont conçu l'idée de l'entreprise, font appel au public, à l'épargne, aux capitalistes petits et grands, pour se procurer les ressources nécessaires ; il faut, en effet, offrir un gage aux créanciers sociaux, constituer un patrimoine qui assurera à la société le crédit dont celle-ci a besoin et que ses créanciers pourront saisir le cas échéant. L'industrie à créer exige un capital de 10 millions, les fondateurs divisent cette somme en 10,000 fractions de 1,000 francs et invitent le public à souscrire ces 10,000 fractions du capital. Le souscripteur de chaque titre verse donc 1,000 francs pour la formation du capital nécessaire à l'entreprise, ce qu'il fait d'autant plus volontiers, qu'en limitant ainsi sa part dans l'association, il limite aussi ses risques. Ainsi le capital se divise en un certain nombre de fractions, auxquelles on donnera le nom d'actions ; l'action représente donc une portion du capital social. Telle est l'idée fondamentale qu'on peut se faire de l'action.

Notre criterium consiste « dans ce fait que l'action est partie intégrante du capital social, c'est-à-dire qu'elle correspond à une portion de ce capital numériquement égale à la valeur nominale du titre (1) ». Et après tout, c'est le législateur lui-même

---

(1) Percerou. *Des fondateurs de sociétés anonymes*, th. doct., Dijon, 1896, p. 181 et suiv. — L'idée que nous développons, en fait, est admise par tous les auteurs, mais, à notre avis, elle n'est pas suffisamment dégagée ; à notre connaissance, M. Percerou, et encore faut-il le pousser, est le seul qui l'ait indiquée d'une façon précise.

qui nous l'indique, la formule fait défaut et on peut s'en plaindre, mais la chose y est : l'article 34 du Code de commerce mérite d'être rappelé : « Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale. » Toutes les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 et de celle du 1er août 1893 consacrent implicitement la même idée.

CHAPITRE II

Application du criterium.

Nous examinerons successivement les titres que la loi et la pratique ont créés et qui sont connus sur le marché sous le nom d'actions. Nous leur appliquerons le criterium que nous avons établi ; ceux d'entre ces titres qui représenteront une partie intégrante du capital social, seront véritablement des actions, nous reconnaîtrons à leurs titulaires les droits de l'actionnaire, notamment, puisque c'est la question qui nous occupe, l'accès aux assemblées générales.

SECTION PREMIÈRE

DE L'ACTION DE NUMÉRAIRE ET DE L'ACTION D'APPORT

Sans aucun doute, les possesseurs d'actions de numéraire (ou actions de capital) et d'actions d'apport (ou actions de fondation) ont la qualité d'ac-

tionnaires. Pas de difficulté sur ce point. Chaque associé doit apporter à la société ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie (art. 1833, al. 2, du C. civ.). Les apports en argent sont les plus fréquents et représentés par les actions de numéraire, c'est la partie la plus sûre du capital social. Les autres apports, consistant en biens corporels (ex : immeubles) ou incorporels (ex : brevet d'invention), sont représentés par des titres connus sous la dénomination d'actions d'apport. L'action d'apport correspond à un apport matériel susceptible d'évaluation directe, et compris dès lors dans le capital social. Il est inutile d'insister sur tous ces points.

SECTION II

DE L'ACTION DE PRIORITÉ

Les actions confèrent à ceux qui les possèdent des droits égaux sur les bénéfices et sur l'actif ; mais on peut déroger à ce principe et convenir que certains actionnaires auront le droit de prendre une part, avant les autres, dans les bénéfices ou dans le capital (1). La création de ces titres privilégiés pré-

---

(1) Avant la loi du 9 juillet 1902, la légalité des actions de priorité était admise par la très grande majorité des auteurs et par la jurisprudence. (Buchère. *Annales de droit commercial*, 1900, p. 352 et suiv. — Deloison. *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. I, n° 264 et suiv. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés*

sente souvent des avantages très réels et très légitimes. Les fondateurs ont ouvert la souscription, et les capitalistes hésitent à effectuer un versement en bonne monnaie sonnante et trébuchante, alors que les apports en nature sont considérables, d'une

---

par actions, t. I, n° 16. — Frère-Jouan du Saint. *Journal des sociétés*, 1887, p. 64. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, n° 558. — Percerou. *Des fondateurs de sociétés anonymes*, p. 143. — Rousseau. *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. I, n° 1014. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., t. I, n° 530. — Paris, 28 mai 1884. D. 86. II. 177. — Lyon, 4 mars 1891. *Rev. des soc.*, 1891, p. 544.)

Toutefois, l'article 34 du Code de commerce, prescrivant l'égalité des actions, et l'article 1855 du Code civil qui prohibe la clause léonine, entretenaient des scrupules chez quelques jurisconsultes. (*Gazette du Palais*, répertoire, v° Sociétés, n° 459. — P. Pont. *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 1585.)

La loi du 9 juillet 1902, ayant pour objet de compléter l'article 34 du Code de commerce et l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, en ce qui concerne les actions de priorité et les actions d'apport, a eu pour résultat, sinon pour but, de vaincre ces hésitations d'autant plus regrettables qu'elles semblaient gagner les hommes d'affaires. Les actions de priorité, en effet, ont été en France d'une pratique peu courante jusqu'ici, contrairement à ce qui a lieu à l'étranger.

Sur cette question des actions privilégiées, les législations étrangères sont généralement plus précises que notre Code de commerce : — pour l'Allemagne, voir le Code de commerce allemand de 1897, traduction Carpentier ; l'article 185 valide expressément la stipulation des statuts attribuant des droits différents aux actionnaires, notamment en ce qui touche la répartition des dividendes ou de l'actif social ; — pour l'Autriche, voir le règlement sur la constitution et la transformation des sociétés commerciales et industrielles anonymes, du 20 septembre 1899 (Notice et analyse de Ch. Lyon-Caen. *Annuaire de législation étrangère*, 1899, p. 346) ; — pour la Roumanie, voir le Code de commerce roumain de 1887, traduction Bohl, art. 166 ; — voir aussi la jurisprudence italienne dans la célèbre affaire des chemins de fer roumains : à deux reprises différentes (1er février 1884, Cass. Florence, *Rev. des soc*, 1884, p. 383, et 10 décembre 1885, Cass. Florence, *Rev. des soc.*, 1886, p. 283), la légalité des actions privilégiées, connues sous le nom de « trentenaires romaines », a été reconnue.

valeur toujours aléatoire si consciencieuse qu'ait été la vérification prescrite par la loi (art. 4, loi du 24 juillet 1867). Il faut tendre un appât pour attirer les timides et les décider; on insère dans les statuts une clause de faveur pour les actions payantes : droit de priorité, soit dans les bénéfices, soit dans le fonds social. Au cours de la société, les actions de priorité peuvent encore servir à procurer à la société les fonds nécessaires pour sortir d'une situation difficile et éviter une liquidation. On pourrait, il est vrai, émettre des obligations, c'est-à-dire emprunter, mais alors les prêteurs stipuleraient un intérêt à échéances fixes, auxquelles il faudrait faire face. Une émission d'actions ne présentera pas cet inconvénient. Les nouveaux associés ne sont pas exclus de la gestion sociale, ils pourront même administrer, mais ils n'auront qu'un intérêt aux bénéfices éventuels, ils associent, en effet, leur sort à celui de la société qui traverse des circonstances difficiles. Les anciens actionnaires, en décidant l'augmentation du capital social, concéderont souvent des avantages spéciaux aux nouvelles actions. La société agit avec autant d'adresse que de justice quand elle accorde ainsi un traitement de faveur à de nouveaux associés qui, peut-être, sont venus remédier à une détresse bien proche de la ruine. L'action de priorité est aussi créée quelquefois en faveur des actionnaires de la première heure : le capital social est insuffisant, l'entreprise en pleine prospérité a besoin d'un crédit plus considérable pour étendre les opérations sociales, une nouvelle émission a lieu. Faire une situation identique aux nouveaux venus et à

ceux qui ont couru les risques du début serait peu équitable et la société ne manquera pas de favoriser ses premiers adhérents. Elle investira les actions anciennes de certains avantages.

Les actions de priorité (actions privilégiées) sont donc des actions auxquelles les statuts sociaux font une situation de faveur par rapport aux autres actions, elles confèrent le plus souvent des droits d'antériorité, soit sur les bénéfices, soit sur l'actif social, soit sur les deux. Mais on l'a vu et il faut le retenir, car c'est l'essentiel, quel que soit le besoin auquel la pratique donne satisfaction en créant de semblables titres, l'expression *action de priorité* désigne plutôt une qualité dont peut être affectée une action quelconque de capital ou d'apport, qu'une catégorie spéciale de titres. Au point de vue de la participation aux assemblées, l'assimilation doit être complète entre l'action simple et l'action de priorité.

SECTION III

DE L'ACTION INDUSTRIELLE

L'apport d'un associé peut consister simplement en industrie, c'est ce qui aura lieu, si l'apporteur, au lieu de verser dans le fonds social des valeurs susceptibles d'évaluation matérielle, fait simplement bénéficier la société de sa compétence technique, de son crédit commercial, de son nom. En échange de cet

apport, il est remis des titres qui portent le nom d'actions industrielles.

On considère souvent l'action industrielle comme une variété des actions d'apport, et on en conclut qu'elle confère, au même titre que celles-ci, le droit d'assister aux assemblées générales (1).

L'apport en industrie, nous dit-on, peut former une partie du capital social au même titre que l'apport en numéraire ou l'apport en nature. Une société anonyme se forme au capital de 10 millions divisés en 10,000 actions de 1,000 francs ; quel obstacle peut empêcher les fondateurs, après avoir attribué 9,000 de ces actions aux apporteurs en numéraire et aux apporteurs en nature, de réserver 1,000 actions qui représenteront les apports en industrie. L'évaluation est difficile, les résultats en sont très incertains, on n'en disconvient pas ; mais on ajoute : du moment que toutes les formalités légales sont remplies, les tiers, en consultant les statuts, seront suffisamment renseignés sur l'importance réelle de l'actif social, ils connaîtront la composition du capital social. La valeur intrinsèque des apports en industrie peut, au cours de la société, se révéler inférieure à la valeur nominale des actions industrielles ; c'est un aléa que les tiers ont dû prévoir. Mettons les choses au pis et supposons une faillite déclarée, une liquidation judiciaire, les créanciers sociaux auront le droit (art. 1166 du C. civ.) d'exiger l'exécution complète du contrat qui liait les apporteurs en industrie à la société. Rien

(1) Lecouturier. Dissertation à la *Revue critique*, 1897, p. 149.

ne différencie essentiellement les actions industrielles des actions d'apport, c'est une espèce dans un genre ; aussi accorde-t-on aux porteurs de ces titres tous les droits de l'actionnaire et notamment le droit de participer aux assemblées générales.

Nous ne croyons pas que cette opinion soit exacte, et nous pensons que les actions industrielles, nous leur conserverons ce nom, consacré par une longue pratique, sont improprement dénommées actions. De semblables titres ne représentent pas une fraction du capital social et n'ouvrent pas l'accès aux assemblées générales (1).

La compétence technique, le crédit commercial ne peuvent pas plus former une partie du capital social que figurer dans le patrimoine d'une individualité ; c'est ce qu'on peut appeler un capital personnel qui n'est pas encore réalisé et qui peut disparaître bien avant le terme fixé pour la durée de la société, et disparaîtra sûrement quand les créanciers sociaux seront dans la nécessité de réaliser l'actif. Evidemment, les individus qui se sont engagés à faire bénéficier une société de leur activité industrielle, peuvent être contraints à l'exécution de leurs engagements ; mais la garantie des créanciers sociaux est en fait bien illusoire. Pour

---

(1) Deloison. *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. I, n° 261, p. 316. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. I, n° 10, p. 14 ; t. II, n° 740, p. 94. — Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. I, n° 284 ; t. II, n° 859. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., t. II, nos 532 et suiv., et n° 904. — Rousseau. *Des sociétés françaises et étrangères*, t. I, n° 1006.

notre part, nous assimilerions volontiers les actions industrielles aux parts de fondateur. Que l'on groupe ces deux catégories de titres sous la qualification d'actions de jouissance (1) ou sous la dénomination de parts bénéficiaires (2), comme l'on voudra, peu nous importe ; il nous suffit de savoir que les uns et les autres de ces titres représentent un capital intellectuel ou de raison (3), ils rétribuent un concours personnel, consistant en démarches, travaux fournis au début de la société par les fondateurs, ce sera la part de fondateur, ou, au cours de la société, ce sera l'action industrielle. Mais il n'est dans l'esprit de personne, ni des actionnaires ni des apporteurs en industrie, de considérer l'apport industriel comme une fraction du capital social, du gage offert aux créanciers.

SECTION IV

DE L'ACTION DE JOUISSANCE

Il semble que, logiquement, la même exclusion devrait être prononcée contre les actions de jouissance.

Le capital de la société se compose donc de numéraire ou de biens corporels : machines, voitures,

---

(1) Vavasseur. *Op. cit.*, 5e édit., t. II, nos 533 et suiv.

(2) Houpin. *Op. cit.*, 3e édit., t. I, no 284. — Sylvain Girerd. *Du droit d'assister aux assemblées d'actionnaires*, th. doct., Lyon, 1902, p. 50.

(3) Deloison. *Op. cit.*, t. I, no 261.

immeubles, ou même de biens incorporels (brevets d'invention) susceptibles d'évaluation pécuniaire. Chaque actionnaire a droit à la répartition de l'actif social à la dissolution de la société ; et, si la société attendait sa dissolution pour rembourser ses actionnaires, il y aurait fort à craindre qu'elle ne puisse satisfaire à ses obligations : la dépréciation du numéraire s'accentue tous les jours davantage, les machines, les immeubles se détériorent par l'usage. Les fondateurs de sociétés agissent prudemment, et, en fait, ils n'y manquent guère, en stipulant dans les statuts que l'amortissement se fera au cours de l'existence de la société, au moyen de prélèvements sur les bénéfices. Dans la pratique, le procédé le plus employé consiste à rembourser à chaque actionnaire la valeur nominale de son action (1). Rigoureusement, il semble que les droits du titulaire de l'action disparaissent complètement (2) ; conformément à la loi du contrat, l'apport a fait retour entre les mains de celui qui l'a fourni, la société compte un membre de moins.

Nous ne dirons pas que cette suppression d'un actionnaire serait inique, la convention a été librement acceptée, mais à coup sûr elle est rigoureuse. Il faut, en effet, s'entendre sur cette faculté d'amortissement, et ne tirer du contrat que ce que les parties ont voulu y mettre ; les actionnaires ont voulu effectuer un apport, ils ont couru les risques des débuts de l'entre-

(1) C'est le procédé d'amortissement employé par les grandes sociétés anonymes (chemins de fer, canal de Suez, etc.).

(2) Paris, 27 juin 1882, *Gazette du Palais*, 83. II. 61.

prise dans l'espoir d'en partager les bénéfices jusqu'à la fin, il est inadmissible que la société puisse les priver de ce droit en les remboursant : l'amortissement est une mesure toute de faveur à l'égard des actionnaires, puisqu'elle est destinée à garantir leurs droits au remboursement de leur apport, ce n'est pas un procédé d'ostracisme, et on se laisse tromper par les apparences quand on affirme que les principes du droit commandent cette rigueur.

Le titulaire d'une action amortie est encore un actionnaire. Que l'on fasse une distinction entre les actions de capital et les actions de jouissance, rien de mieux : les premières auront la plénitude des droits de l'actionnaire, droit au coupon de dividendes, droit au coupon d'intérêt, droit d'accès aux assemblées ; les secondes participeront à la répartition des bénéfices, c'est l'essence même du contrat de société, ne donneront plus droit au coupon d'intérêt, l'apport a été remboursé, le titulaire de l'action de jouissance ne peut plus demander l'intérêt d'un capital qui est maintenant à sa disposition. Mais il ne faut pas oublier que l'amortissement consiste à rembourser au moyen de prélèvements sur les bénéfices, ce n'est pas, à vrai dire, une restitution du capital social. L'actif statutaire reste intact et doit rester intact (art. 1er et 24, loi du 24 juillet 1867), et l'action amortie représente encore une part de cet actif, puisque ce n'est pas cette part elle-même qui a été restituée. L'action de capital et l'action de jouissance, à les examiner soigneusement, sont donc de même origine et de même nature ; il n'existe entre elles qu'une différence de fait portant

uniquement sur l'époque du remboursement. Et, même pour une société prospère, l'amortissement peut avoir une durée relativement courte, on peut imaginer qu'à un moment donné le capital social soit complètement amorti. Personne ne soutiendra qu'alors la société s'est évanouïe faute d'actionnaires ; le capital subsiste et il est représenté par les actions de jouissance entre lesquelles se fera la répartition lorsque le passif social sera éteint. Pour quiconque ne se borne pas à une étude superficielle, le titulaire de l'action de jouissance apparaît comme un véritable actionnaire et, à ce titre, fait partie de l'assemblée générale (1).

SECTION V

DE L'ACTION DE PRIME

La constitution d'une société anonyme est subordonnée à l'accomplissement d'un certain nombre de conditions dont le détail est donné par la loi de 1867,

---

(1) Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. I, n° 19. — Jacquier. *Des assemblées générales d'actionnaires*, th. doct., Aix, 1899, p. 29. — Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. I, n° 286, p. 238. — Lecouturier. Dissertation à la *Revue critique*, 1897, p. 149. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, n° 844. — Sylvain Girerd. *Du droit d'assister aux assemblées d'actionnaires*, th. doct., Lyon, 1902, p. 55. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., t. II, n° 904. — *Contra :* Buchère. *Traité des valeurs mobilières*, n° 350. — Thaller. *Traité de droit commercial*, 2e édit., n° 592. — Paris, 27 juin 1882. *Gazette du Palais*, 83. II. 61.

modifiée par la loi de 1893 (art. 1er, 2, 3, 4, 23, 24, 25, loi du 24 juillet 1867) ; jusqu'à l'accomplissement des formalités édictées par lesdits articles, la société n'est pas constituée, et la loi interdit sous des sanctions sévères de commencer les opérations (loi de 1867, art. 13, al. 1er et 2 ; art. 45). Il y a là tout un ensemble de démarches à accomplir et ce ne sont pas les premières ; la société anonyme ne peut être lancée, la souscription ne peut être ouverte qu'après des études préparatoires d'autant plus sérieuses que l'exploitation à tenter est plus importante. Des financiers, des ingénieurs, des hommes de loi consacrent leur travail et leur temps à cette tâche, il est juste qu'ils soient rémunérés. En dehors des titres auxquels ceux de leurs apports qui entrent dans la composition de l'actif social peuvent leur donner droit, la pratique a attribué aux fondateurs certains avantages pour les rémunérer de leurs expériences, de leurs démarches, de leurs travaux, dont le terme final a été la constitution de la société. Les procédés employés sont divers (1).

L'un d'entre eux, aujourd'hui un peu délaissé semble-t-il, consiste dans la création d'actions dites de prime. Ces actions de prime, à supposer que leur émission puisse se concilier avec les principes de notre droit, ce que beaucoup contestent, rétribueraient les services dont nous venons de parler, sans correspondre à un apport soit en numéraire soit en nature ; elles représenteraient des prestations dont la constitution de la société marquerait le terme. Il

(1) Percerou. *Op. cit.*, p. 114 et suiv.

nous semble, dès lors, impossible de les faire figurer dans la composition du capital social ; l'article 1er de la loi de 1867, reproduction textuelle de la loi de 1856, impose la souscription intégrale du capital social : une société est fondée au capital de 10 millions divisé en 10,000 actions de 1,000 francs, il est dit dans les statuts que 1,000 de ces actions seront des actions de prime, en réalité, il y aura 1 million correspondant à ces 1,000 actions qui ne sera pas souscrit, et ces 1,000 actions de prime ne représenteront aucune fraction du capital social. De semblables titres ne peuvent être créés et la clause statutaire serait certainement illicite (1).

Certains auteurs, désireux de sauvegarder le principe de la souscription intégrale du capital social et en même temps de légitimer les actions de prime, font une distinction singulière : les actions de prime seront illicites si elles sont comprises dans le capital social, mais elles seront licites si elles sont délivrées

---

(1) Beudant. *Revue critique*, t. XXXVI, p. 112 et suiv. : *De la constitution des sociétés par actions, d'après la loi du 24 juillet 1867.* — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. I, nº 13. — Houpin. *Op. cit.*, 3e édit., t. I, nº 285. — Lecouturier. *La nature juridique de la part de fondateur : Revue critique*, 1897, p. 150. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 3e édit., nº 560 *quater*. — Pont. *Op. cit.*, t. II, nº 888. — Percerou. *Op. cit.*, p. 161. — Vavasseur. *Op. cit.*, 5e édit., t. I, nº 529, p. 362.

Un auteur, M. Deloison (*Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. I, nº 263, p. 317), tout en reconnaissant que la création d'actions de prime, prises parmi les actions de capital, est difficilement conciliable avec les principes de la loi, se montre d'une complaisance surprenante chez un jurisconsulte : « Dans toute société, écrit cet auteur, il se passe des choses d'intérieur qu'il ne faut pas examiner de trop près : *de minimis non curat prætor.* » Nous venons de voir que la doctrine est généralement plus consciencieuse.

en dehors du capital social, s'il est dit par exemple dans les statuts que la société est fondée au capital social de 500,000 francs divisé en 500 actions de 1,000 francs, et qu'en outre 200 actions de prime seront attribuées à diverses personnes (1). Nous ne pensons pas qu'il puisse exister d'actions en dehors du capital social, puisqu'il est de l'essence de l'action, avons-nous dit, de représenter une fraction de ce capital, de l'actif social. En tous cas, et ceci ne nous sera pas contesté étant donné le principe d'où nous sommes parti, nous ne pouvons pas accorder au propriétaire de ces titres, le droit d'assister aux assemblées.

SECTION VI

DE LA PART DE FONDATEUR

Depuis une quarantaine d'années, les personnes qui ont contribué à la fondation de la société par leurs travaux, par leurs conseils, par l'avance de capitaux, sont le plus fréquemment rémunérées au moyen de titres dénommés parts de fondateur (2).

---

(1) Dalloz. *Sup. Rép.*, v° Société, n° 875. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 3e édit., t. II, n° 560 *quater*. — Percerou. *Op. cit.*, p. 161. — *Contra :* Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. I, n° 13. — Houpin. *Op. cit.*, 3e édit, t. I, n° 285, p. 237. — Vavasseur. *Op. cit.*, 5e édit., t. I, n° 529, p. 362.

(2) A l'origine, la part de fondateur était vraiment la rémunération des services rendus par les fondateurs de la société, l'expression, *part de fondateur*, était conforme à la réalité ; actuellement, elle cesse de l'être dans bien des cas. L'institution a été détournée de

L'introduction de ces titres dans la pratique financière a soulevé de nombreuses difficultés juridiques : il s'agit de savoir, entres autres choses, quelles sont les conditions auxquelles est subordonnée la validité de l'attribution de ces nouveaux titres, faut-il ou non exiger l'approbation par l'assemblée générale dans les termes de l'article 4 et de l'article 24 de la loi du 24 juillet 1867 ? il s'agit encore de dire s'il faut appliquer aux parts de fondateur les principes qui régissent la transmissibilité et la mise au porteur des actions. Toutes questions dont la solution variera suivant la nature qu'on attribuera à la part de fondateur.

Il n'entre pas dans nos intentions de trancher toutes ces difficultés, les limites de ce travail nous l'interdisent ; mais, malgré cela, il nous est impossible de ne pas prendre position dans le débat. Certains auteurs soutiennent, en effet, que la part de fondateur n'est en réalité qu'une action ; c'est une assertion qu'il nous importe de contrôler au point de vue du droit d'accès aux assemblées. On sera peut-être tenté de nous dire : les statuts de toutes les sociétés anonymes, en même temps qu'ils créent des parts de fondateur, ne manquent jamais d'écarter de la gestion les titulaires de ces avantages. Nous

---

son but ; en dehors de l'usage pour lequel elle a été créée, on l'emploie encore soit pour assurer un avantage aux souscripteurs d'un nombre déterminé d'actions, ou aux actionnaires de la première heure en cas d'augmentation du capital social, soit pour payer certains apports dont l'évaluation pécuniaire est difficile (ex. : brevet d'invention). Dans la discussion qui va suivre sur le caractère de cette institution, nous nous plaçons uniquement en présence de la conception primitive. Il était utile de préciser ce point.

reconnaissons qu'il y a là une clause de style, mais nous répondons : dans une discussion d'Ecole, il faut envisager toutes les hypothèses possibles, même celles qui ne se présentent jamais dans la pratique ; et puis alors même que les statuts, dont l'ensemble est comme la charte de la société, ont réglé avec minutie les droits du porteur de part et ont refusé celui de s'immiscer dans les affaires sociales, la question n'est pas définitivement tranchée pour autant. Certes, il est permis d'affaiblir l'influence d'un actionnaire dans les assemblées, de diminuer ses droits dans la fondation et l'administration de la société (art. 27, loi du 24 juillet 1867), mais il est une limite à cette faculté, et le droit d'accès aux assemblées est un droit essentiel de l'actionnaire. On ne peut pas le supprimer d'une façon absolue. En dépit des conventions, il est certaines assemblées où tous ceux qui ont contribué à la formation du capital social doivent figurer, ce sont les assemblées constitutives (art. 27, al. 3, loi du 24 juillet 1863) et les assemblées que les administrateurs doivent convoquer en cas de perte des trois quarts du capital (art. 37, loi du 24 juillet 1867). En outre, la loi du 1er août 1893, dans son article 4, autorise les actionnaires qui n'ont pas un nombre suffisant d'actions pour entrer à l'assemblée, à se grouper et à se faire représenter. Si l'on reconnaît au porteur de part la qualité d'actionnaire, il faut être logique, admettre les conséquences de l'opinion que l'on émet et ouvrir les portes des assemblées au titulaire d'une part de fondateur, sauf bien entendu les restrictions que la loi autorise.

Trois théories ont été émises, qui méritent une discussion, sur la nature juridique de la part de fondateur ; les uns disent : le titulaire de la part de fondateur est un actionnaire (1) ; c'est un créancier, disent les autres (2) ; un associé *sui generis* (3), soutient-on encore.

---

(1) Chavegrin. *Note* au Sirey, 1889. I. 417. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, n° 560 *bis*, et n° 844. — Thaller. *Revue critique*, 1887, p. 220 et suiv., et *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e édit., p. 344, nos 638 et suiv. — Valéry. *Note* au Dalloz, 95. II. 297. — Vavasseur. *Op. cit.*, 5e édit., t. II, nos 534 et 904.

(2) Arthuys. *Revue critique*, 1897, p. 273. — Lecouturier. *Revue critique*, 1897, p. 117. — Bouvier-Bangillon. *La législation nouvelle sur les sociétés. Loi du 1er août 1893. Commentaire théorique et pratique*, p. 149. — Deloison. *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. II, n° 325, p. 403. — Rousseau. *Questions nouvelles sur les sociétés commerciales*, p. 159 ; *Etude sur les parts de fondateur*, p. 14 et suiv. — Wahl. *Journal des sociétés*, 1897, p. 145 et suiv., et *Note* au Sirey, 98. II. 89. — Bousquet-Pontié. *Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale d'une société anonyme et les droits individuels de l'actionnaire*, th. doct., Toulouse, 1899, p. 15. — *Note anonyme* au *Journal des sociétés*, 1880, p. 600.

(3) Bousquet. *Journal des sociétés*, 1885, p. 746 et suiv. — Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. I, n° 371 ; *Journal des sociétés*, 1894, p. 184. — Percerou. *Op. cit.*, p. 184. — La jurisprudence, dans les espèces peu nombreuses où elle a été appelée à statuer, s'est montrée très imprécise ; laissant de côté la théorie de l'action et celle de la créance, elle envisage la part de fondateur comme un « titre d'intérêt » donnant des droits éventuels sur les bénéfices annuels après les prélèvements statutaires. Trib. com. Seine, 24 septembre 1894. *Journal des sociétés*, 1895, p. 38. — D. 95. II, *Note a*, 299. — S. 95. II. 22. — Trib. com. Seine, 5 novembre 1894. *Journal des sociétés*, 1895, p. 77. — D. 95. II. 297. — S. 95. II. 85, confirmé par la Cour de Paris, en date du 14 janvier 1895. S. 95. II. 180. — Lyon, 14 mars 1901. *Rev. des soc.*, 1903, p. 9. — Paris, 8 juin 1901. S. 03. II. 25. — Dans ce dernier arrêt, la Cour de Paris a cru devoir se préoccuper de définir la nature juridique de la part de fondateur ; mais, sans d'ailleurs sortir de l'imprécision qui caractérise la jurisprudence en cette matière, l'arrêt émet deux propositions inexactes : il affirme, en effet, que la part de fondateur est une « création un peu arbitraire,

Nous ne pouvons pas retarder notre marche et suivre cette controverse dans tous ses détails ; aussi bien ce serait perdre de vue l'objet de cette partie de notre étude, à savoir : la composition des assemblées générales. Le titulaire de la part de fondateur aura l'accès aux assemblées, s'il est actionnaire ; il sera écarté s'il est ou un créancier ou un associé *sui generis*. Nous allons donc isoler en quelque sorte une des théories émises, celle de la part de fondateur-action, et nous l'examinerons, quitte à faire connaître brièvement notre sentiment sur les deux autres théories.

« En effet, dit un des auteurs qui assimilent la part de fondateur à une action, la première idée qui vient à l'esprit est que, quand un individu, ayant contribué par ses démarches, souvent par ses avances et même sous sa responsabilité, à la création de l'être social, stipule une partie des bénéfices, il n'est pas étranger à l'établissement qu'il a fait naître, et dont il recueille dans une certaine mesure les profits ; ce n'est pas un tiers quelconque investi d'une créance contre une société avec laquelle il n'aurait que des rapports d'obligation. Non, il se rattache à la société par un lien autrement étroit ; il en est un membre autant pour le moins, que la personne, qui en a souscrit quelques actions au guichet d'une banque. Si quelqu'un semble dans l'affaire, c'est lui. Le titre qu'il obtient

---

destinée à rémunérer certains concours » et il ajoute que sa « nature juridique varie suivant l'étendue du lieu contractuel qui la rattache à la société ».

représente donc vraiment une part sociale... Et comme on ne conçoit pas dans une société anonyme d'autres associés que les actionnaires, cela signifie que le porteur de part est un actionnaire (1). »

Voilà un raisonnement qui se tient à merveille et que nous ferions nôtre bien volontiers, si nous exposions des vues législatives, mais notre tâche est plus modeste quoique peu aisée, elle se borne à celle d'un commentateur. Or, jamais la part de fondateur n'a été l'objet de l'attention du législateur; dans les remaniements divers qu'a subis notre droit commercial, elle a toujours été délaissée. C'est une institution née de la pratique des affaires, on ne peut pas la plier de façon à la faire entrer dans le cadre construit par nos lois de 1867 et de 1893 pour les sociétés anonymes ; il ne faut pas alors s'étonner si, en fait, le porteur de part ne jouit pas dans la société de la situation à laquelle l'origine de son droit l'autoriserait à prétendre. D'après nos lois commerciales existantes, l'actionnaire, celui qui est dans l'affaire, c'est celui qui, par des apports en espèces ou en nature, contribue à la formation du capital, c'est-à-dire à la constitution d'un gage que les créanciers pourront saisir. La part de fondateur correspond-elle à une fraction de l'actif social ? C'est sur ce point seulement que doit porter la discussion.

On nous dit alors : le fondateur est un véritable

---

(1) Chavegrin. *Note* sous Cass. req., 16 février 1887, et Cass. civ., 29 février 1888. S. 89. I. 417.

apporteur, il n'apporte ni son argent ni un bien matériel, mais il apporte son industrie ; or, la loi elle-même (art. 1833, al. 2, C. civ.) prévoit le cas : entre le porteur de part de fondateur et l'apporteur en industrie, la différence n'est pas grande, sûrement elle n'est pas essentielle. Tous deux mettent au service de la société leurs études, leur compétence technique, leur crédit commercial, leurs démarches, leurs travaux, le fondateur effectue un apport initial définitif, l'apporteur en industrie effectue, d'une façon successive, la prestation à laquelle il s'est engagé (1) ; en dehors de cette différence dans le mode d'exécution, il n'y en pas d'autre.

Mais précisément nous avons dénié à l'apporteur en industrie la qualité d'actionnaire (2). La part de fondateur, l'action industrielle, rémunèrent des services de même nature, nous demeurons d'accord sur ce point, mais nous prétendons que ni l'un ni l'autre de ces titres ne représente une richesse, un capital dont la société profite, qui fasse partie de son fonds et dont le titulaire pourrait se dire l'apporteur et l'ancien propriétaire ; ils correspondent bien plutôt à un capital intellectuel ou de raison.

La question de la nature de la part de fondateur, envisagée au point de vue du droit pour le titulaire de participer aux assemblées, n'exigeait pas un exposé complet des controverses qu'elle a suscitées. Elle demandait une réponse directe aux parti-

---

(1) Thaller. *Revue critique*, 1887, p. 220.
(2) *Vide supra*, p. 81 et suiv.

sans de la part de fondateur-action et pas autre chose. Nous devons maintenant passer outre (1).

---

(1) Néanmoins, il nous sera permis, dans une note, d'une façon incidente, d'indiquer notre préférence.

Nous croyons que le porteur de parts de fondateur est un associé *sui generis*. C'est le résultat auquel nous conduit l'assimilation que nous avons établie entre l'action industrielle et la part de fondateur.

Une doctrine récente, en effet, a vu, dans la part de fondateur, non plus une action, mais une part sociale *sui generis*. (Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. I, n° 371. — *Journal des sociétés*, 1894, p. 184. — Percerou. *Op. cit.*, p. 184.) Le Code civil, sans doute, considère l'apport en industrie, sinon comme étant d'une qualité inférieure et secondaire (art. 1853, al. 2, C. civ), tout au moins comme donnant des droits moins élevés que les apports en argent et les apports en nature. Mais, après tout, il faut bien admettre que l'apporteur en industrie est un associé, l'article 1833, alinéa 2, du Code civil lui donne expressément cette qualité. Et nous ferons le même sort à la part de fondateur. Les principes qui dominent notre législation sur les sociétés par actions nous ont obligé à écarter la théorie de la part de fondateur-action, mais nous ne pouvons pas méconnaître que, l'intention des parties, d'accord avec la raison, a été de faire du fondateur autre chose qu'un tiers n'ayant avec la société que des rapports d'obligation. Le porteur de part remplit toutes les conditions exigées par la loi pour mériter le titre d'associé (art. 1832, 1853, 1855, C. civ.): il a mis, avec d'autres, quelque chose en commun dans la vue de partager les bénéfices qui pourront en résulter. Il participe aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise. (Percerou. *Op. cit.*, p. 178 et suiv.) La loi de 1867 n'autorise pas, il est vrai, la création de parts sociales autres que les actions ; mais elle ne l'interdit pas davantage, elle ne pouvait pas l'interdire, puisque ces titres n'avaient pas encore fait leur apparition, tout au moins n'avaient pas encore pris l'extension que nous constatons aujourd'hui. On ne peut pas chercher dans une loi un obstacle à la création de titres qu'elle n'a ni prévus ni réglementés.

Les considérations qui précèdent indiquent suffisamment ce que nous pensons du système de la part de fondateur-créance. (Pour l'exposé de ce système, qui argumente surtout de la similitude existant entre la situation du titulaire de la part et celle de commis intéressé, voir les auteurs cités p. 93, note 2.)

CHAPITRE III

De la clause conférant le droit d'assister aux assemblées à d'autres qu'aux actionnaires, notamment aux porteurs de parts et aux porteurs d'obligations.

Nous avons posé en principe, que, parmi les les titres de types différents qui se sont multipliés dans les sociétés et que l'on rencontre sur le marché, seule l'action permettait à son propriétaire d'assister à l'assemblé générale.

On peut imaginer que les statuts d'une société aient conféré le droit d'assister aux délibérations sociales à d'autres qu'à des actionnaires, à des personnes qui gravitent autour de la société. La tentation pourrait s'offrir d'accorder ce droit aux porteurs de parts, si l'on refuse avec nous la qualité d'actionnaires à ces derniers, puis encore aux obligataires. Il y a lieu de se demander si une stipulation de cette nature serait valide.

Le porteur de parts a des droits assez étendus

dans la société, notamment celui de participer aux bénéfices de la société. Tout ce qui concerne la fixation des dividendes à distribuer, la durée de la société, l'intéresse au premier chef. Il est telle délibération qui décide de porter à la réserve une certaine portion des bénéfices, ou qui prononce la dissolution de la société suivie d'une reconstitution dans le but inavoué mais évident de supprimer la rémunération accordée aux ouvriers de la première heure. Le porteur de parts aurait certes bien des observations, quelquefois des protestations énergiques à faire entendre. Les recueils de jurisprudence nous apportent des échos de ces conflits entre actionnaires et fondateurs. Supposons que la société, avec une droiture peu fréquente, mais possible, offre aux porteurs de parts l'entrée à ses délibérations. La loi autorise-t-elle cette faveur?

L'obligataire n'est pas moins intéressé que le porteur de parts aux délibérations qui seront prises. Suivant la direction qui sera imprimée à la marche de la société, la capacité des administrateurs, la compétence et la perspicacité des commissaires de surveillance, etc., l'obligation subira un mouvement de hausse ou de baisse. Par ailleurs, dans un certain nombre de nos grandes sociétés anonymes (nos grandes compagnies de chemins de fer en particulier), le capital-actions est inférieur au capital-obligations. En réalité, en même temps que la leur, c'est aussi la fortune des obligataires que les actionnaires vont gérer dans leurs assemblées. Les actionnaires invitent leurs créanciers, les obligataires, à participer à la gestion de la société; faut-il con-

damner une clause inspirée par un esprit libéral si rare chez un débiteur?

Ecartons la question de législation. Certaines législations étrangères (1), le nombre en est restreint, ont consacré le droit de l'obligataire d'assister aux assemblées générales du moins avec voix consultative. Il nous suffit de constater que notre loi commerciale est muette à cet égard. Là où l'obligataire et le porteur de parts n'ont pas de droit légal, peut-on leur reconnaître un droit conventionnel? Voilà l'objet de la discussion.

On a fait valoir, en faveur de la solution affirmative, les considérations pratiques que nous venons de rappeler; on a dépeint surtout la situation lamentable des obligataires dans les sociétés anonymes, et on a cru trouver le remède dans la consécration de la solution libérale. La clause est valable, a-t-on dit, parce qu'elle n'est pas interdite. Sans doute, la loi de 1867 a voulu assurer la représentation du capital et l'action qui constitue une quote-part de ce capital donne à celui qui la détient le droit de délibérer sur les affaires sociales; mais les règles posées par la loi ne sont pas limitatives, et, quand celle-ci emploie le mot actionnaire, elle le fait dans un sens très large. L'exclusion des tiers, étrangers à la société, n'a pas été prononcée d'une façon expresse par la loi de 1867, loi de liberté

(1) Belgique: Loi sur les sociétés du 18 mai 1873, modifiée par celle du 22 mai 1886, art. 70, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1874, p. 354. — Portugal : Code de commerce de 1888, art. 185, traduction Lehr. — Brésil : Loi du 4 novembre 1882, art. 32, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1883, p. 1097.

avant tout, il ne faut pas la décréter sans rémission. On ajoute, en ce qui concerne les porteurs de parts : qui donc autant que les fondateurs peut apporter aux associés les lumières dont ils ont besoin au cours de l'existence de la société ? L'individu qui a su triompher des difficultés du début et assurer à la société sa prospérité future par ses conseils, par le nombre de voix que lui accorderaient les statuts, ne pourrait-il pas exercer une heureuse influence sur la bonne administration de l'entreprise ? Pourquoi alors le traiter avec tant de rigueur ?

Parce que l'esprit de la loi de 1867 nous y contraint, tout simplement. Que l'assemblée, où se rencontre parfois beaucoup d'ignorance à côté de peu de science, cherche à s'éclairer, et que dans ce but elle ouvre ses portes à des tiers qui ne sont pas des actionnaires, à des hommes rompus à la pratique des affaires ou possédant des aptitudes techniques, à des spécialistes en un mot, rien de mieux ; ce sera souvent une mesure de prudence et il est impossible de la blâmer (1). Nous inspirant de cette idée, nous ne voyons nul obstacle à la clause des statuts, qui convoquerait à l'assemblée générale des tiers (porteurs de parts, porteurs d'obligations ou non, pourquoi distinguer ?) avec voix consultative.

---

(1) La seule présence à l'assemblée d'actionnaires n'ayant pas le droit de prendre part au vote, abstraction faite de toute fraude et de tout dol, n'empêche pas la validité de la délibération. C'est une idée définitivement admise en jurisprudence, le contraire ne se plaide plus. Voir Paris, 19 mars 1895, *Rev. des soc.*, 1895, p. 280, confirmant jugement du Tribunal civil de la Seine du 30 mars 1893. *Rev. des soc.*, 1893, p. 284. — Cass. req., 18 octobre 1899. *Rev. des soc.*, 1900, p. 54.

Mais c'est la seule concession que nous puissions faire sans méconnaître le caractère essentiel des dispositions de la loi de 1867. La loi de 1867, dit-on, est une loi de liberté avant tout. D'accord, mais voici comment. Avant 1867, la naissance de la société anonyme était subordonnée à l'autorisation administrative sous la forme d'un décret (art. 37, C. de commerce). Le système avait été ébréché par la loi du 23 mai 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée, il fut sacrifié définitivement. Quelle que soit l'importance du capital, la société anonyme est affranchie de la tutelle gouvernementale et peut se former librement. Mais, en revanche, la loi de 1867 institue comme contrepoids à la liberté concédée une réglementation très minutieuse sur l'administration et la constitution des sociétés par actions. Libre à tous, désormais, de constituer une société anonyme, mais à la condition de la couler, en quelque sorte, dans le moule imposé. Dans l'intérêt des tiers et dans l'intérêt des associés eux-mêmes, le législateur stipule « le minimum de garantie dont l'expérience enseigne la nécessité », ce sont les expressions mêmes du rapport fait au nom de la commission du Corps législatif en 1867.

Or, il suffit de lire les articles 27 et suivants de cette loi de 1867 pour se convaincre que le législateur n'a considéré que les seuls actionnaires comme pouvant prendre part à l'assemblée générale. De toutes ces dispositions se dégage cette idée que le pouvoir souverain, à la condition de se maintenir dans les limites fixées par la loi et les statuts, doit être exercé par la réunion des actionnaires, c'est-

à-dire, nous l'avons vu, de ceux qui ont coopéré à la formation du capital social et qui, par conséquent, sont le plus étroitement intéressés à la prospérité de l'entreprise.

Pour permettre l'immixtion, dans l'administration de la société, des porteurs de parts et des obligataires, on dit qu'eux aussi courent des risques comme les actionnaires, des risques considérables parfois. C'est parfaitement exact à condition de faire cesser une équivoque. De quels risques veut-on parler, des risques de l'affaire ? ce serait faux en ce qui concerne les obligataires qui sont, pour employer les expressions du Code, « affranchis de toute contribution aux pertes » (art. 1855, al. 2, C. civ.). Les risques que courent les obligataires, ce sont uniquement les risques de l'insolvabilité de leur débiteur, risques communs à tous prêteurs, à tous créanciers.

A ces arguments, que nous fournissent l'esprit et les principes incontestables de la loi, ajoutons une considération pratique : n'y a-t-il pas de bonnes raisons pour motiver cette exclusion sans miséricorde ? n'est-il pas à craindre, si l'on autorise les actionnaires à se montrer d'une telle largeur d'idées, que, plus tard, ces actionnaires eux-mêmes ne viennent à regretter les concessions consenties à l'origine. Les porteurs de parts, les obligataires, si la clause dont nous nous occupons n'a pas été rédigée avec une extrême prudence, pourraient peut-être par suite de leur nombre, d'absence des actionnaires, acquérir voix prépondérante dans certaines assemblées, et aider à des décisions

regrettables, contraires à l'extension de la société, extension qui n'intéresse après tout que les associés. Il ne faut pas oublier que ceux-ci seuls font œuvre de spéculation, les obligataires opèrent un placement et seront souvent pour le repos absolu.

Nous concluons donc que les statuts ne peuvent pas donner à des tiers, notamment aux porteurs de parts de fondateur ou à des porteurs d'obligations, la faculté d'assister aux assemblées générales avec voix délibérative (1). Cette conclusion est appuyée d'un argument juridique, suffisant à notre avis, auquel on peut ajouter des considérations pratiques des plus sérieuses.

---

(1) Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales,* 3e édit., t. I, n° 389, p. 321. — Lecouturier. *Revue critique,* 1897, p. 156 et suiv. — Percerou. *Op. cit.,* p. 209. — Vavasseur. *Rev. des soc.,* 1895, p. 128. — Wahl. *Journ. des soc.,* 1897, p. 198. — *Contra :* Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial,* 3e édit., t. II, n° 844, p. 727. — Rousseau. *Etude sur les parts de fondateurs,* p. 42 et suiv. — Sylvain Girerd. *Du droit d'assister aux assemblées d'actionnaires,* th. doct., Lyon, 1902, p. 35 et suiv., p. 56 et suiv.

CHAPITRE IV

De quelques difficultés tenant à la situation du propriétaire de l'action.

Nous avons vu que c'est à l'actionnaire, au propriétaire de l'action, qu'appartient le droit d'assister à l'assemblée. Déterminer ce propriétaire sera généralement chose facile : ou bien le titre est nominatif et alors vis-à-vis de la société, le moyen normal pour un individu d'établir sa qualité de propriétaire, sous réserve de la question d'identité, consistera à présenter le certificat d'inscription qui constitue son titre, certificat dont la concordance avec le registre des transferts de la société sera contrôlée. Jusqu'à preuve contraire, la personne dont le nom figure à la fois sur ce registre et sur le certificat d'inscription est considérée comme actionnaire. Ou bien le titre est au porteur; dans ce cas le propriétaire au regard de la société sera la personne qui, ayant déposé son titre dans le délai (généralement cinq jours) et dans le lieu (siège social ou établissement de crédit)

fixés par les statuts, se présentera avec le récépissé qui lui aura été délivré en échange.

Mais des difficultés peuvent se présenter, assez embarrassantes quelquefois, quand, à l'occasion d'une action, des personnes différentes ont des droits à faire valoir, dans les hypothèses suivantes, notamment : la nue propriété et l'usufruit d'une action ont été séparés, l'action a été constituée en gage et se trouve entre les mains d'un créancier, qui donc alors du nu propriétaire ou de l'usufruitier, du créancier gagiste ou du débiteur ou propriétaire pourra bénéficier du droit d'accès aux assemblées ? De même, si l'on admet que l'action peut faire l'objet d'une saisie-arrêt, il y a lieu de se demander quels seront les effets de cette saisie sur le droit de l'actionnaire ? Nous examinerons successivement, dans ce chapitre, les solutions à donner à ces difficultés et nous rechercherons quelle sera l'influence, au point de vue qui nous occupe, de la cession civile d'une action d'apport, puis encore si le reporteur peut invoquer les droits inhérents à la qualité de propriétaire de l'action et, à ce titre, assister à l'assemblée.

SECTION PREMIÈRE

UN USUFRUIT A ÉTÉ CONSTITUÉ SUR UNE ACTION

La plupart des auteurs décident que le conflit entre le nu propriétaire et l'usufruitier ne saurait se présenter qu'au cas où le titre est nominatif ; ils

disent que pour les titres au porteur il n'y a pas de difficulté puisqu'on admet à l'assemblée celui qui a fait le dépôt des titres (1). Mais il faut aller au fond des choses, le dépôt d'un titre au porteur n'établit le droit d'accès à l'assemblée qu'autant qu'il n'y a pas contestation sur la qualité de celui-là même qui l'a opéré ; à supposer que ce soit l'usufruitier qui ait effectué le dépôt, incontestablement le nu propriétaire peut surgir et voilà le conflit qui s'élève ; en dehors de l'hypothèse d'une convention des parties, comment le trancher ?

On a dit, quelle que soit la situation, c'est le propriétaire seul qui a le droit de vote, le nu propriétaire dans notre espèce ; et on tire argument de la loi de 1867, article 13, alinéa 3, où il est édicté des peines sévères contre ceux qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, ont créé frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale (2).

D'autres ont proposé une distinction qui semble très juridique : le droit de vote variera avec la nature de l'assemblée. D'après les principes de notre droit civil, disent ces auteurs, l'usufruitier appelé à jouir comme le propriétaire, est par cela même autorisé à faire en général tous les actes d'administration que pourrait passer ce dernier, sans cesser

---

(1) Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. II, n° 861, p. 61. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., t. II, n° 904, p. 177.

(2) Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, n° 845, p. 726.

de jouir en bon père de famille, mais il ne peut pas disposer par voie de cession. A l'usufruitier, les actes d'administration ; au nu propriétaire, les actes de disposition. Ce sont ces principes qui vont nous guider. S'agit-il d'une assemblée ordinaire, d'une de ces assemblées annuelles dont la fonction est uniquement d'exercer un contrôle de la gestion, de procéder à l'examen des comptes, à l'approbation des propositions de dividendes, à la nomination des mandataires de la société, actes d'administration que tout cela : l'usufruitier exercera le droit de vote. S'agit-il, au contraire, d'une assemblée extraordinaire, de celles qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée ou de dissolution avant ce terme? Il n'est plus possible de ne voir là que des assemblées en quelque sorte administratives : c'est à la personne investie du droit de disposition, au nu propriétaire, à intervenir (1).

Cette théorie n'a pas échappé néanmoins à quelques reproches que la critique formule en ces termes : cette distribution des rôles entre l'usufruitier et le nu propriétaire est fausse, malgré ses apparences juridiques. Et d'abord, il est certaines délibérations prises par l'assemblée ordinaire, qui ont

(1) Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e édit , p. 365, n° 687. — Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. II, p. 61, note 4. — Bousquet-Pontié. *Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale d'une société anonyme et les droits individuels de l'actionnaire*, th. doc., Toulouse, 1899, p. 18.

une importance considérable et peuvent conduire la société à sa ruine; c'est l'assemblée ordinaire qui nomme les administrateurs, c'est encore elle qui désigne les commissaires de surveillance, c'est-à-dire les directeurs de l'entreprise, les individus qui ont une influence, décisive bien souvent, sur le sort de la société; ce sont pourtant les usufruitiers seulement qui participeront aux assemblées où se débattront de semblables questions, c'est-à-dire des individus qui n'ont qu'un droit d'administration.

Ce n'est pas seulement la logique apparente du système proposé qui est en défaut, la base elle-même du raisonnement est viciée : on considère habituellement la délibération de l'assemblée ordinaire comme un acte d'administration, et celle de l'assemblée extraordinaire comme un acte de disposition. Mais, de l'avis d'un de nos adversaires (1), ce n'est pas sous cet aspect qu'il faut envisager la question : acte d'administration, acte de disposition pour la société, c'est-à-dire pour la collectivité, tout cela n'est au point de vue de l'actionnaire, d'une individualité, qu'un acte d'administration. Administrer des biens, c'est les conserver au moyen d'un entretien, les rendre productifs d'un revenu selon leur destination. Si l'on applique cette idée à l'assistance à l'assemblée, ne peut-on pas voir dans cette assistance simplement un acte d'entretien, un moyen de contribuer à la production d'un revenu, même quand l'assemblée décidera la prorogation de la

---

(1) Sylvain Girerd. *Du droit d'assister aux assemblées d'actionnaires*, th. doct., Lyon, 1902, p. 83.

durée de l'entreprise, l'augmentation ou la réduction du capital.

Nous ne nions pas que les assemblées ordinaires puissent compromettre l'existence et la valeur des actions par le choix qu'elles sont appelées à faire des administrateurs, des commissaires de surveillance, par la fixation des dividendes, mais il faut reconnaître que ce résultat éventuel ne se produit que d'une façon indirecte. Ce n'est qu'une conséquence possible de l'exercice maladroit du droit d'administration.

Quant à écarter le nu propriétaire de l'assemblée extraordinaire, nous ne pouvons nous y décider; on ne peut le faire que si l'on admettait que le vote de l'actionnaire ne constitue jamais qu'un acte d'administration. Acte d'administration, la participation à une assemblée qui augmente le capital social, abrège ou proroge la durée de la société! Il est possible d'admettre cette idée quand on pense que, dans la personnalité de la société anonyme, s'absorbe et disparaît l'individualité des actionnaires (1). L'acte de disposition est accompli par la délibération de l'assemblée, par la volonté de la société, être moral, mais chacun des facteurs de cette volonté, chacun des actionnaires considéré individuellement n'exerce que le droit d'administration. Or, précisément, nous pensons au contraire, et nous avons essayé dans notre première partie d'établir juridiquement notre opinion, que l'absorption de l'individualité des actionnaires par

(1) Sylvain Girerd. *Op. cit.*, p. 19 et suiv.

la société est une hypothèse sans aucun fondement. Logiquement, nous devons maintenir la distinction entre l'assistance aux assemblées ordinaires et l'assistance aux assemblées extraordinaires, et nous en référer aux principes du droit civil pour opérer le départ entre les droits de l'usufruitier et ceux du nu propriétaire : l'usufruitier aura l'accès à la première catégorie d'assemblées, l'assistance à la seconde catégorie sera réservée au nu propriétaire (1).

SECTION II

L'ACTION A ÉTÉ DONNÉE EN GAGE

Un actionnaire peut, à titre de garantie, donner son titre en nantissement à un créancier. Dans cette situation, devrons-nous maintenir la distinction que nous avons adoptée dans l'hypothèse précédente dans les rapports entre nu propriétaire et usufruitier ?

Non, à n'en pas douter. Les principes du droit

---

(1) Nous n'avons pas cru devoir discuter l'opinion de M. Vavasseur et de M. Clément. Ces deux auteurs (Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales,* 5e édit., t. II, p. 177, n° 904. — Clément, *Des pouvoirs des assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes relativement aux modifications du pacte social,* th. doct., Lille, 1897, p. 20 et suiv.) estiment qu'à défaut d'entente entre le nu propriétaire et l'usufruitier, l'autorité judiciaire sera appelée à vider le conflit. Nous savions, sans qu'il fut besoin de nous le rappeler, qu'il y a des juges en France ; mais nous aurions préféré qu'on nous dise de quels principes s'inspireront les magistrats chargés de décider ; qu'on recule la difficulté si l'on veut, il faut toujours en venir là.

civil, auxquels nous devons faire appel comme précédemment, ne sont plus les mêmes.

Le contrat de gage ne confère au créancier aucun droit d'usage ou de jouissance sur l'objet remis en nantissement. Le gagiste, à moins qu'il n'y soit autorisé, ne doit pas plus se servir du gage, que le dépositaire, de la chose qui lui a été confiée à titre de dépôt. Les fruits, que la chose donnée en gage peut produire, appartiennent au propriétaire, sauf à demeurer affectés au droit de gage du créancier qui les a perçus, en qualité d'accessoires de la chose. Le créancier gagiste n'est même pas un possesseur, il ne fait que détenir la chose pour le compte d'autrui; d'après le Code civil, il n'a qu'un droit de rétention (art. 2082, C. civ.) et un privilège (art. 2073, 2102, 2°, C. civ). Jusqu'à l'expropriation du débiteur dans les formes prévues par la loi (art. 2078, C. civ.), le débiteur, ou plutôt celui qui a constitué le gage, reste propriétaire. Dès lors, à quel titre le créancier nanti revendiquerait-il l'admission à l'assemblée? à titre d'intéressé? certes les délibérations présentent pour lui un intérêt parfois considérable et supérieur à l'intérêt du débiteur, mais une considération pratique, qui d'ailleurs ne se trouve réalisée que par hypothèse et ne l'est pas toujours dans la réalité, est impuissante à nous déterminer. La personne qui a constitué le gage en reste propriétaire, et l'accès aux assemblées est un droit inhérent à la qualité de propriétaire (1).

---

(1) Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. II, n° 862, p. 61, et *Note* sous Paris, 19 janvier 1897. *Journ. des soc.*, 1897, p. 264. — Lyon-Caen et Renault.

Rien ne s'opposerait, au surplus, en dehors d'une clause statutaire, à ce que l'actionnaire débiteur donne mandat au créancier nanti de le représenter à l'assemblée générale et le mandat résulterait suffisamment de la présence simultanée du mandant et du mandataire à l'assemblée générale (1).

SECTION III

L'ACTION A FAIT L'OBJET D'UNE SAISIE-ARRÊT

Dans un arrêt récent (2), la Cour de Paris a décidé que l'action nominative, c'est le seul cas à envisager, ne pouvait pas être l'objet d'une saisie-arrêt et l'a

---

Traité de droit commercial, 3e édit., t. II, n° 845, p. 726. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., t. II, n° 905, p. 180. — Trib. com. Alger, 17 novembre 1884. *Journ. des soc.*, 1885, p. 222; Lyon, 21 novembre 1894. D. 95. II. 478. *Rev. des soc.*, 1896, p. 389; Paris, 19 janvier 1897. *Journ. des soc.*, 1897, p. 264; Paris, 6 janvier 1897. *Rev. des soc.*, 1897, p. 276; Trib. com. Seine, 4 juin 1902. *Gazette du Palais*, 1902, p. 207, et *Journ. des soc.*, 1903, p. 126.

Dans le sens de la distinction entre le droit de vote à l'assemblée ordinaire appartenant au débiteur ou au constituant et le droit de vote à l'assemblée extraordinaire appartenant au créancier gagiste : Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e édit., n° 687, p. 365. — Bousquet-Pontié. *Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale d'une société anonyme et les droits individuels de l'actionnaire*, p. 19.

Dans le sens du droit exclusif du créancier gagiste : Huvelin. *Note* sous Lyon, 21 novembre 1894. *Annales de droit commercial*, 1895, I, p. 53. D'après M. Huvelin, dans toute constitution d'action en gage, il y aurait un mandat tacite de voter délivré au créancier, mandat qui n'est pas révocable *ad nutum*, puisqu'il n'est pas donné dans l'intérêt exclusif du mandant.

(1) Trib. com. Seine, 4 juin 1902. *Gazette du Palais*, 1902, p. 207, et *Journ. des soc.*, 1903, p. 126.

(2) Paris, 11 janvier 1895. S. 97. II. 241.

ainsi soustraite au gage des créanciers. Cette décision jurisprudentielle est la seule, à notre connaissance, qui ait consacré cette thèse ; elle aboutirait, si elle se généralisait, à une iniquité et elle nous ferait regretter amèrement cette proposition de loi sur la saisie et la vente des actions que le Garde des sceaux annonçait en 1842 et qui n'est jamais intervenue.

Avec la grande majorité des auteurs (1), nous croyons que si la loi n'a pas réglementé la saisie des actions, ces titres qui constituent souvent une partie considérable de la fortune d'un débiteur, figurent comme toutes autres valeurs dans le gage général du créancier et peuvent être saisis-arrêtés.

Le parti que nous venons d'adopter nous conduit à nous demander si le droit de l'actionnaire d'assister à l'assemblée sera supprimé à la suite d'une saisie-arrêt opérée. La solution est des plus simples et doit être admise par tous, quelle que soit la conception à laquelle on se rallie touchant la nature de la saisie-arrêt (2).

En effet, que l'on coupe en quelque sorte la saisie-arrêt en deux parties et que l'on dise : la saisie-arrêt a un caractère purement conservatoire à l'origine et elle ne devient mesure d'exécution que par l'effet du jugement de validité ; ou bien, au contraire, que l'on considère la saisie-arrêt comme un acte indivisible, et qu'on lui reconnaisse, dans toutes ses

---

(1) Pour la discussion et les références, voir : Albert Tissier. *Note* sous Paris, 11 janvier 1895. S. 97. II. 241.

(2) Sur cette question, voir : Boulet et Dubouloz. *Code de la saisie-arrêt,* p. 1 et suiv. — Dalloz. *Sup. rép.*, v° Saisie-arrêt, n° 6.

phases, le caractère de l'acte d'exécution. Peu importe. Il est un point sur lequel l'entente est complète et il serait bien difficile de le contester ; c'est celui-ci : le débiteur saisi reste propriétaire jusqu'au moment où le jugement validant la saisie-arrêt passe en force de chose jugée (1). Jusqu'à ce moment, il n'y a pas de transport judiciaire, d'attribution spéciale de la somme saisie en faveur de celui qui a pratiqué la saisie-arrêt, et le saisissant est sans qualité pour exercer les droits inhérents à l'action (2).

SECTION IV

DE LA CESSION CIVILE DES ACTIONS D'APPORT

Depuis la loi du 1er août 1893, portant modification de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, les actions représentant des apports ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société (art. 3, al. 2, loi de 1867, modifié par l'art. 2, loi de 1893). Mais c'est uniquement la négociation qui a été interdite, la transmission par les modes du droit commercial ; la disposition par les

---

(1) Rennes, 21 août 1871. D. 75. II. 20 ; S. 74. II. 72. — Toulouse, 1er février 1877. D. 81. II. 201 ; S. 78. II. 201. — Cass., 28 décembre 1880. D. 82. I. 377 ; S. 81. I. 155. — Cass. rej., 10 août 1881. D. 82. I. 307 ; S. 82. I. 74. — Bordeaux, 12 juillet 1880. D. 80. II. 232. — Cass., 1er mai 1889. S. 89. I. 460.

(2) Paris, 6 janvier 1897. *Rev. des soc.*, 1897, p. 276.

voies civiles reste permise, cela a été dit formellement au cours de la discussion et n'a jamais été contesté depuis.

Le cessionnaire, plus généralement l'individu en possession d'une action par les modes de transmission du droit civil, peut-il voter à l'assemblée?

On répond généralement d'une façon négative, en s'appuyant sur le raisonnement suivant : la cession est valable à n'en pas douter, mais elle ne produit ses effets qu'entre les parties; à l'égard de la société l'apporteur reste actionnaire, car c'est le transfert seul qui opère la transmission vis-à-vis d'elle. L'intention du législateur ressort clairement des travaux préparatoires : les actions d'apport inspirent au législateur une défiance extrême, la crainte d'une majoration de ces apports le hante avec ténacité. Malgré la vérification, si peu sérieuse en pratique, des majorations d'apport sont à redouter : il ne faut pas que des actionnaires, ayant reçu en échange de leurs apports majorés des actions intégralement libérées, puissent, à grand renfort de réclame, faire hausser le cours de leurs titres, sortir de la société avec tous profits et se désintéresser complètement de la société qu'ils ont fondée. Comme dernière précaution, le législateur lie le sort des apporteurs à la fortune de la société pendant un certain temps.

Durant deux années, les titres sont immobilisés, il est impossible de les négocier, l'apporteur doit rester face à face avec la société, à aucun prix il ne doit s'éloigner. Si l'apport n'a pas été sérieux, les actionnaires d'espèces qui ont été trompés découvriront la fraude, ils se retourneront vers les appor-

teurs et leur action en responsabilité ne sera pas illusoire; à défaut de réparation pécuniaire, le législateur leur facilite à tout le moins la satisfaction de voir que les actionnaires d'apport n'ont pas profité de la fraude qu'ils avaient organisée.

Toutefois les actions d'apport peuvent être transmises par les voies civiles, mais alors la transmission ne peut pas produire ses effets vis-à-vis de la société; les considérations qui ont fait voter la disposition de l'article 2 de la loi de 1893, disposition empruntée d'ailleurs au projet de 1884, s'y opposent absolument. En dépit de toutes les cessions civiles consenties et signifiées à la société, les actions d'apport pendant deux ans doivent être considérées comme appartenant à l'apporteur. Légalement, c'est ce dernier qui est actionnaire vis-à-vis de la société, et, s'il est actionnaire, c'est à lui qu'il faut reconnaître le droit de représenter ses actions aux assemblées (1).

Mais pourquoi donc la transmission par les modes du droit civil ne produirait-elle pas ses effets vis-à-vis de la société comme à l'égard de toute autre? Le but de la loi serait manqué? Que nous importe; si la loi est mal faite, il faut savoir reconnaître ce vice de la loi de 1893. Puisqu'on voulait que les actionnaires restassent dans la société pendant deux ans au moins, il fallait rendre leurs titres complètement inaliénables. Est-ce ce qu'on a fait? Sûrement non, les

(1) Faure. *Commentaire théorique et pratique de la loi du 1er août 1893 et du décret du 1er décembre 1893*, p. 64. — Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. II, nº 865, p. 62. *Journ. des soc.*, 1895, p. 241.

travaux préparatoires (1) le démontrent ; par un scrupule exagéré, on a reculé devant le principe de la liberté de la propriété. L'indisponibilité, dont on a frappé les actions d'apport n'est pas absolue, la transmission par les modes du droit commercial, transmission qui offre de grandes facilités à la spéculation, est seule interdite. Mais la transmission par les voies civiles, la cession accompagnée des formalités édictées par l'article 1690 du Code civil reste permise ; elle offre, en effet, beaucoup moins de danger que la transmission par les modes du droit commercial. Une fois admise cette possibilité d'une cession civile, et personne ne conteste, il faut aller jusqu'au bout ; pour s'arrêter à mi-chemin il faudrait nous donner un argument juridique, ce qu'on n'a pas encore fait.

Nous sommes donc autorisé à conclure que la cession civile, signifiée conformément aux règles du droit civil, produira tous ses effets de droit commun même à l'égard de la société : le cessionnaire aura tous les droits d'un actionnaire ordinaire et notamment celui d'assister à l'assemblée (2).

---

(1) Voir les explications de M. Poirrier, auteur de l'amendement, dans la discussion au Sénat, séance du 3 juillet 1893 (*Journal officiel*, Sénat, S. O., Déb. parl., 1893, p. 1024, 1re et 2e col.).

(2) Bouvier-Bangillon. *La législation nouvelle sur les sociétés, loi du 1er août 1893*, p. 141. — Paris, 12 avril 1902. *Gazette du Palais*, 10 mai 1902 ; *Rev. des soc.*, 1902, p. 333, infirmant jugement du tribunal de commerce de la Seine du 16 octobre 1901, qui déniait au cessionnaire *jure civili* des actions d'apport non négociables, le droit de participer aux assemblées générales pendant les deux années.

SECTION V

DE L'ACTION AYANT FAIT L'OBJET D'UN REPORT

Le report est une opération de bourse, qui consiste dans un achat de titres au comptant (ou à terme), accompagné d'une vente simultanée à terme (ou à un terme plus éloigné).

C'est une opération, utile aux capitalistes qui font ainsi un emploi momentané et avantageux de leurs capitaux pour un délai de courte durée, pendant lequel tout autre placement eût été difficile ; utile aussi aux spéculateurs qui ont ainsi un moyen de proroger l'effet d'une opération à terme, au delà du terme fixé pour l'exécution de leur marché.

La sagacité des jurisconsultes s'est exercée à rattacher cette opération à l'un des types de nos contrats : les uns, avec des nuances de détail variant avec chacun, ont cru découvrir dans le report le prêt sur gage (1) ; d'autres ont été frappés d'une analogie entre le report et la vente à réméré (2). La jurisprudence, après une évolution où l'on retrouve consacrés les deux systèmes précédents,

---

(1) Jeannotte Bozérian. *De la Bourse*, t. I, nos 88 et suiv. — Bédarride. *Commentaire du Code de commerce. Des bourses de commerce, agents de change et courtiers*, no 109, p. 112. — Boistel, *Cours de droit commercial*, 4e édit., no 634, p. 437. — Pont. *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, no 1552, p. 549, et no 1675, p. 622.

(2) Buchère. *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*, 2e édit., p. 477, no 904.

analyse le report en une opération double faite de la juxtaposition d'un achat et d'une revente réunis par la communauté du but (1). Un certain nombre de commercialistes se sont ralliés à cette manière de voir (2).

Nous n'avons pas l'intention même d'effleurer ce problème, le plus ardu du droit commercial peut-être ; c'est qu'en effet, si étrange que cela semble au premier abord, la nature juridique du report nous est indifférente pour la solution à donner à la question de l'accès du reporteur à l'assemblée. La considération suivante sur le report sera notre justification.

Le report est une opération au développement de laquelle la doctrine est restée complètement étrangère pendant plus de trois quarts de siècle ; il en est résulté que la pratique l'a construite de toutes pièces. Un auteur l'a dit fort justement : « Le report est une opération tellement importante qu'on a pu en faire la *clé* des transactions de bourse, sa pratique s'est assise, ses règles se sont rigoureusement

---

(1) Cass., 3 février 1862. D. 62. I. 163. — Paris, 19 avril 1875. D. 75. II. 161 (voir les conclusions de M. l'avocat général Hémar). La jurisprudence semble même incliner à ne plus voir dans le report deux contrats simultanés d'achat et de revente, mais un contrat spécial : Cass., 1er mars 1897. D. 97. I. 411 ; S. 97. I. 220 (voir les conclusions de M. l'avocat général Desjardins). Voir également en ce sens : Allix. *Des reports dans les bourses de valeurs*, th. doct., Paris, 1900, p. 253 et suivantes.

Sur l'évolution de la jurisprudence en matière de report, consulter l'excellent exposé de M. Allix. *Op. cit.*, p. 203 et suiv.

(2) Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. IV, n° 988 *bis*, p. 785. — Mollot. *Bourses de commerce*, 3e édit., nos 477 et suiv., p. 380 et suiv. — Waldmann. *La profession d'agent de change*, nos 146 et suiv., p. 130.

précisées. Il ne peut plus s'agir pour la doctrine de construire un contrat qui manquerait encore de charpente. Son ambition doit se borner à rendre compte, au point de vue juridique, d'un fait qui s'impose à elle et qu'elle ne pourrait transformer, sans faire œuvre véritablement révolutionnaire... (1) » Le report a donc une physionomie fixée dans ses traits essentiels ; or, un de ces traits, une de ces règles, admises par l'unanimité des auteurs, est précisément le passage sur la tête du reporteur de la propriété des titres, et, en fait, la pratique constante reconnaît cette propriété au reporteur. Elle lui reconnaît le droit de disposer comme bon lui semble des titres qui lui sont confiés, de les aliéner, pourvu qu'il soit en mesure d'en restituer d'analogues à l'échéance, et si le report a pour objet des titres nominatifs, il donnera lieu à un double transfert. La propriété des titres repose sur la tête du reporteur, c'est là un des éléments du problème ; c'est même la pierre de touche au heurt de laquelle on essaie les différentes théories proposées sur la nature du report. Ne pas admettre ce fait, c'est prendre un biais et discuter à côté de la question. Un seul auteur (2) a cru pouvoir le faire, nous ne pouvons pas le suivre dans cette voie. Avec la pratique, la très grande majorité de la doctrine et l'unanimité de la jurisprudence (3), nous

---

(1) Allix. *Op. cit.*, p. 205.

(2) Jeannotte Bozérian. *Op. cit.*, nos 88 et suiv.

(3) Paris, 19 avril 1875. D. 75. II. 161 ; S. 76. II. 113. — Paris, 4 juillet 1890. *Rev. des soc.*, 1891, p. 361, et sur pourvoi Cass. Ch. crim., 12 juin 1891. *Rev. des soc.*, 1891, p. 424. — Paris, 6 juillet 1892.

considérons le reporteur comme propriétaire des titres, capable en cette qualité d'entrer à l'assemblée.

Cette solution n'est pas sans danger, nous le reconnaissons, elle peut, en effet, aboutir à un résultat critiquable en législation : les reporteurs sont, en effet, investis d'une propriété éphémère et qui ne dépasse guère le terme d'une ou de deux liquidations, la prospérité de la société leur est souvent indifférente. Peut-être même n'y a-t-il, dans l'opération de bourse à laquelle ils se sont livrés, qu'une de ces ruses de guerre qu'en financiers mal intentionnés, ils ont employée pour s'introduire au sein d'une société gênante. Malgré cela, le reporteur est propriétaire, il aura le droit de parler, en l'absence de toute disposition qui réglemente le droit d'assister aux assemblées de manière à prévenir ce genre d'abus. C'est la conséquence inéluctable du droit de propriété des actions.

Rev. des soc., 1892, p. 454 ; D. 94. II. 598, et sur pourvoi Cass. req., 18 juin 1895. *Rev. des soc.*, 1895, p. 475 ; D. 95. I. 479. — Paris, 19 janvier 1897. *Rev. des soc.*, 1897, p. 141.

CHAPITRE V

Des restrictions conventionnelles au droit de l'actionnaire d'assister aux assemblées générales.

En principe, tout actionnaire a le droit de vote à l'assemblée ; et la voix de l'un ne pèse pas plus que celle de l'autre, quelle que soit l'importance de l'apport.

L'application de ce principe est peu pratique : nos grandes sociétés anonymes (compagnies de chemins de fer, canal de Suez, canal de Panama), comptent un si grand nombre d'actionnaires qu'une réunion plénière des actionnaires est matériellement impossible, ajoutez à cela qu'une assemblée nombreuse est nécessairement distraite et souvent tumultueuse.

Par ailleurs, sous peine de manquer à l'équité la plus impérieuse, il faut proportionner le poids de l'avis à l'importance des capitaux engagés : dans une société commerciale où le droit de parler qui appartient à chaque actionnaire, n'a d'autre origine

que la coopération à la formation du capital, la nécessité d'adopter le suffrage égalitaire serait une monstruosité ; un capitaliste engage des centaines de mille francs dans une entreprise commerciale, il est juste de lui accorder une influence plus considérable qu'au possesseur d'une action unique.

Aussi, bien que le législateur établisse le principe du suffrage universel et égalitaire, les partis peuvent conventionnellement, sous quelques réserves, modifier ces deux règles.

En ce qui concerne le principe de l'universalité du suffrage, il est une réserve expresse (nous verrons que c'est la seule) édictée par l'article 27, alinéa 3, de la loi du 24 juillet 1867 : dans les assemblées appelées à approuver les apports, à nommer les premiers administrateurs et à vérifier la sincérité de la déclaration des fondateurs de la société, en un mot dans les assemblées constitutives, tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations. Les statuts ne pourraient pas en décider autrement. Cette disposition est destinée à assurer l'efficacité du système de protection organisé par la loi concernant la constitution de la société.

Mais cette limite au droit de restreindre l'accès de l'assemblée est d'ailleurs la seule à notre avis : l'article 27, alinéa 1er, admet, sur le point qui nous occupe, la souveraineté des statuts dans les assemblées annuelles. Nous pensons, avec la majorité des auteurs, que l'expression assemblées annuelles est employée dans un sens très large et désigne, outre les assemblées ordinaires, même les assemblées

extraordinaires. Ceci a été contesté (1), bien à tort selon nous.

A l'appui de cette dernière opinion, on a argumenté d'une sorte de parallélisme qui existerait entre les assemblées constitutives, où les restrictions conventionnelles au droit d'assister à l'assemblée sont interdites de l'aveu de tous, et les assemblées extraordinaires. Ces deux sortes d'assemblées, dit-on, présentent un caractère d'une importance exceptionnelle : l'universalité des actionnaires a été appelée à se prononcer sur les conditions de constitution, l'universalité des actionnaires doit également être convoquée lorsqu'il s'agit de modifier les conditions de marche de la société. L'article 37 de la loi de 1867 fournit en outre, aux partisans de ce système, un argument d'analogie : cet article dispose qu'en cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. Il s'agit bien d'une modification aux statuts, puisque l'assemblée générale peut dissoudre la société avant le terme fixé pour sa durée. Et précisément le législateur impose la convocation de tous les actionnaires. Pourquoi, dès lors, admettre une solution différente lorsqu'il s'agit d'une augmentation de capital,

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 2e édit., t. II, n° 862, p. 742. — Lyon-Caen. *Note* au Sirey, 94. I. 306. — Pascaud. *Les assemblées générales extraordinaires d'actionnaires dans les sociétés anonymes. Rev. des soc.*, 1895, p. 567. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 2e édit., t. II, n° 899.

d'une prorogation de la durée de la société au delà du terme fixé ? Il n'y a pas de motif. A ces deux arguments d'ordre juridique, on ajoute une considération d'intérêt pratique. Il y aurait, dit-on, bien souvent un inconvénient sérieux à subordonner l'accès aux assemblées extraordinaires à la possession d'un certain nombre d'actions. Pour chacune des catégories d'assemblées, la loi impose la représentation d'une certaine quotité du capital en l'absence de laquelle la délibération est impossible, c'est l'élément réel qui doit exister en même temps que l'élément personnel que nous étudions en ce moment. Or l'élément réel dans l'assemblée extraordinaire consiste dans la représentation de la moitié du capital social. Il peut arriver que les actions soient disséminées, que le nombre d'actionnaires ayant le droit d'assister aux assemblées ne représente pas la moitié du capital, comment sortira-t-on de la difficulté ? Sous peine de rendre la modification impossible, il faudra bien admettre le retour au suffrage universel. Ne serait-il pas plus juridique et moins arbitraire de poser dès le début ce principe du suffrage universel dans les assemblées extraordinaires ?

L'examen des textes et les principes généraux du droit nous empêchent de souscrire à cette opinion. En notre matière, le droit commun est écrit dans l'article 27, alinéa 1er, de la loi de 1867 : les statuts déterminent souverainement la quantité d'actions qu'il est nécessaire de détenir en qualité de propriétaire ou de mandataire pour être admis à l'assemblée générale annuelle. A ce principe, la loi

apporte deux exceptions pour certaines des assemblées générales dont l'objet est spécialement désigné, les assemblées constitutives (art. 27, al. 3, loi du 24 juillet 1867) et les assemblées que sont tenus de convoquer les administrateurs en cas de perte des trois quarts du capital social (art. 37, même loi). Chaque actionnaire pourra prendre part aux délibérations de ces assemblées, quel que soit le nombre des actions qu'il possède. Mais l'article 31 de la loi de 1867, qui réglemente les assemblées générales extraordinaires, n'a pas dérogé à la règle établie par l'article 27, alinéa 1er, et nous en concluons que cette règle s'applique de plein droit à ces assemblées. Au surplus, l'argument d'analogie, toujours dangereux du reste, que l'on prétend tirer de l'article 37, est ici sans aucune valeur : un argument d'analogie peut bien conduire à appliquer une disposition extensive, non une disposition restrictive de la liberté des contrats. Aussi croyons-nous que, dans les assemblées extraordinaires, le vote doit avoir lieu en conformité des statuts qui exigent, comme condition essentielle de son émission, la possession d'un certain nombre d'actions (1).

---

(1) Boistel. *Cours de droit commercial*, 4e édit., n° 298, p. 214, et *Note* au Dalloz, 94. I. 553. — Houpin. *Journ. des soc.*, 1880, p. 549 et 550 ; *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. II, n° 868, p. 63, et n° 904, p. 101. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., t. II, n° 900, p. 174.

Trib. com. Marseille, 9 juin 1885. *Journ. des soc.*, 1887, p. 297. — Trib. com. Seine, 2 septembre 1885. *Journ. des soc.*, 1886, p. 374. — Aix, 28 janvier 1886. *Journ. des soc.*, 1887, p. 61 ; *Rev. des soc.*, 1886, p. 453. — Cass. civ., 30 avril 1894. *Pandectes françaises*, 95. I. 389 ; D. 94. I. 553 ; S. 94. I. 305. — Trib. com. Seine, 5 novembre 1900. *Rev. des soc.*, 1901, p. 134.

Les statuts usent presque toujours de la faculté de subordonner l'accès aux assemblées à la possession d'un certain nombre d'actions. Le seul moyen de contrôle des actionnaires évincés consistait, avant la loi du 1er août 1893, dans le droit de prendre communication quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale : 1° de l'inventaire contenant indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société ; 2° de la liste des actionnaires, et aussi dans le droit de se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires (art. 35, loi de 1867). C'était insuffisant. L'article 4 de la loi du 1er août 1893 ajoute, au paragraphe 1er de l'article 27, ce qui suit : « Tous propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis dans l'assemblée pourront se réunir pour former le nombre nécessaire et se faire représenter par l'un d'eux. » Bien qu'il fût désirable que tout actionnaire pût participer à la gestion de la société, il a fallu s'incliner cependant devant les difficultés matérielles ; mais alors du moins, grâce à la faculté de se syndiquer, les petits actionnaires, même les plus infimes, auront le droit d'être représentés aux assemblées et de participer ainsi par l'intermédiaire d'un mandataire de leur choix à l'administration et à la surveillance de la société (1). Cette faculté de groupement sera appli-

(1) Le droit de se syndiquer, qui est accordé par la loi de 1893 à tous actionnaires exclus des délibérations, soulève quelques difficultés que nous ne pouvons étudier ; la plus importante de ces

cable même aux assemblées extraordinaires, si l'on décide avec nous que, dans ces assemblées, il peut être dérogé au principe du suffrage universel ; c'est un point à noter et qui fera disparaître presque complètement l'inconvénient pratique que l'on reproche à la solution que nous avons adoptée précédemment : avec le droit pour les petits actionnaires de se syndiquer même dans les assemblées extraordinaires, c'est très rarement que le nombre des actionnaires présents ne représentera pas la moitié du capital.

Reste le principe de l'égalité du suffrage, dont il nous faut dire un mot ; bien que cette question ne rentre pas directement sous la rubrique de ce chapitre, on ne peut guère la séparer de la précédente : c'est la même disposition législative qui autorise les statuts à apporter des dérogations au principe de l'universalité du suffrage et à celui de l'égalité

---

difficultés est celle de savoir si la disposition nouvelle, introduite par l'article 4 de la loi de 1893 dans l'article 27 de la loi de 1867, est applicable aux sociétés déjà existantes au moment de la promulgation de la loi de 1893. Dans le sens de l'affirmative, voir : Clément. *Des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes relativement aux modifications au pacte social*, n° 22, p. 35. — Faure. *La nouvelle loi sur les sociétés par actions*, p. 200. — Genevois. *Régime des sociétés. Commentaire de la loi du 1er août 1893*, 2e partie, p. 85 et suiv. — Wahl. *Note* sous Paris, 19 février 1897 ; S. 99. II. 185. — Dalloz. *Sup. rép.*, v° Société, n° 1672. — Dans le sens de la négative, voir : Bouvier-Bangillon. *La législation nouvelle sur les sociétés*, p. 121. — Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. II, n° 869, p. 67. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, n° 854 *ter*, p. 733 ; — et la jurisprudence : Trib. com. Seine, 12 juin 1895. *Journ. des soc.*, 1896, p. 316. — Paris, 19 février 1897. D. 98. II. 153 ; S. 99. II. 185.

(art. 27, loi du 24 juillet 1867), les auteurs associent généralement ces deux questions dominées par la même idée et au surplus nos explications seront très brèves.

Dans le silence des statuts, le vote aura lieu par tête (arg. art. 27, al. 1er, loi du 24 juillet 1867) ; mais il peut être dérogé à cette condition, et en fait on y déroge toujours, en attribuant plusieurs voix, c'est-à-dire une voix par tant d'actions, à celui qui est porteur de plusieurs actions (art. 27, al. 1er, loi de 1867). Dans les assemblées ordinaires et dans les assemblées extraordinaires (1), cette faculté n'a pas de limite ; la loi cependant, en ce qui concerne les assemblées constitutives, apporte une restriction à cette faculté. Dans ces dernières assemblées, tout actionnaire, en effet, peut prendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts, mais ce nombre ne peut être supérieur à dix. La même idée qui a incité le législateur à ne

---

(1) Ceci n'est pas contesté en ce qui concerne les assemblées extraordinaires, même par les auteurs qui ne croient pas pouvoir autoriser dans ces assemblées des restrictions au principe de l'universalité du suffrage. Voir : Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 2e édit., t. II, no 862, p. 742 et suiv. — Pascaud. *Les assemblées générales extraordinaires dans les sociétés anonymes. Rev. des soc.*, 1895, p. 567. — Aucune disposition de notre législation n'exige, disent ces auteurs, que, dans ces assemblées, les actionnaires aient le même nombre de voix. Conséquemment, les clauses statutaires qui établissent une certaine proportionnalité entre le nombre des actions et le nombre des suffrages, doivent être appliquées dans les assemblées générales extraordinaires. — Certes, voilà de bonnes paroles ! Mais nous ne pouvons nous empêcher de dire à ces mêmes auteurs : pourquoi raisonner d'autre façon quand, au lieu de restriction au principe de l'égalité du suffrage, il s'agit de restriction au principe de l'universalité du suffrage.

tolérer dans ces assemblées aucune atteinte au suffrage universel l'a conduit à édicter cette restriction au pouvoir d'établir la proportionnalité du vote. Sans ces deux dispositions, les fondateurs, leurs clients aussi, qui souvent se partagent une grande partie des actions, auraient formé, il y avait lieu de le craindre, un noyau d'actionnaires qui aurait emporté la majorité, si l'on avait permis d'exclure ceux qui n'auraient souscrit qu'une action ou encore si, maintenant sans faiblir le suffrage universel, on n'avait apporté aucune limite aux règles statutaires établissant la proportionnalité du vote. Ces deux ordres de dispositions apparaissent donc comme le seul moyen d'empêcher le retour des abus que l'on voulait détruire, notamment la majoration des apports en nature et l'exagération des avantages particuliers ; le but poursuivi légitimait suffisamment cet échec au principe de la liberté des conventions.

APPENDICE

Dans cette partie de notre travail où nous avons traité de la composition des assemblées générales, nous n'avons envisagé la question qu'au point de vue des personnes qui ont le droit d'assister à ces assemblées, nous n'avons considéré que l'élément personnel.

Mais pour qu'une assemblée soit régulière et puisse fonctionner, les personnes auxquelles nous avons reconnu le droit de délibérer et qui ont répondu à la convocation, doivent représenter une certaine quotité du capital social. (Voir art. 29, 30, 31, loi du 24 juillet 1867.) C'est l'élément réel dont la présence est indispensable ; nous devrions, pour être complet, envisager cet aspect de la question. Cependant, les dispositions de la loi sont si simples à cet égard que nous avons jugé inutile de nous y attarder, voire même de les transcrire ; il suffira au lecteur de se reporter aux textes. La seule idée à retenir est la suivante : pour chaque catégorie de délibérations, assemblées ordinaires, assemblées constitutives, assemblées extraordinaires, la quotité est variable suivant l'importance de la délibération, mais par ailleurs elle a été fixée arbitrairement. Il n'y a là que des dispositions réglementaires dont l'application ne soulève guère de difficultés.

TROISIÈME PARTIE

DES ATTRIBUTIONS DES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

Des différentes sortes d'assemblées générales. Formations diverses que peuvent prendre les actionnaires.

La doctrine distingue les assemblées générales constitutives, ordinaires, extraordinaires, et les présente généralement comme des catégories délimitées par la loi.

Cette façon d'exposer tendrait à faire croire que ces trois catégories constituent autant d'organes différents qui vont intervenir dans le fonctionnement des sociétés anonymes. Il importe de faire remarquer tout d'abord que de ces expressions dont on se sert, on ne trouve aucune trace dans les textes. La loi parle des assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des apports, sur la nomination des

premiers administrateurs, sur la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs aux termes du paragraphe 2 de l'article 24 de la loi de 1867; de celles qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée ou de dissolution avant ce terme; des assemblées générales qui ont à délibérer dans des cas autres que ceux que nous venons d'énumérer, c'est-à-dire sur les actes de la vie journalière. (Voir art. 4, 24, 25, 29, 30, 31, loi du 24 juillet 1867.)

Des dispositions de la loi, il résulte que les règles relatives à la composition des assemblées et au *quorum* varient suivant l'importance des objets, mais il s'en dégage aussi par là même cette idée que ces différentes assemblées ne sont, à bien considérer, que des fonctions différentes du même organe : l'assemblée générale des actionnaires.

Nous avons fixé le personnel des assemblées générales, et nous avons reconnu que ce sont les actionnaires qui constituent les éléments de ces réunions. Cette masse d'actionnaires, suivant la nature des délibérations à intervenir, prendra des *formations* diverses qui seront différenciées entre elles par la composition et les conditions de majorité, c'est dire que l'organe reste le même sous des apparences variées.

S'agit-il de ces délibérations qui doivent être prises, au moins une fois l'an, sur l'administration de la société ? On peut dire que c'est alors la *formation* normale, ordinaire, de l'assemblée. Dans toute autre hypothèse, la fonction de l'assemblée a un

caractère exceptionnel, extraordinaire ; elle portera sur la période de constitution de la société ou sur les propositions de modification aux statuts : l'assemblée prend une *formation* extraordinaire pour exercer un pouvoir constituant ou un pouvoir de modification.

Sous le bénéfice de cette précision, nous adopterons la terminologie habituellement employée par la doctrine, et nous distinguerons les assemblées ordinaires, les assemblées constitutives, les assemblées extraordinaires (1), et nous rechercherons quelles sont leurs attributions respectives.

---

(1) Néanmoins, nous serions tenté de préférer à ces dénominations usuelles celles d'assemblées ordinaires, d'assemblées constituantes, d'assemblées modificatives.

CHAPITRE PREMIER

Des attributions de l'assemblée générale ordinaire.

L'ASSEMBLÉE ORDINAIRE EST LA FORMATION NORMALE DE LA MASSE DES ACTIONNAIRES. ELLE A LA HAUTE MAIN SUR TOUT CE QUI CONCERNE L'APPLICATION DU PACTE SOCIAL.

La compétence de cette assemblée n'a pas été rigoureusement précisée par le législateur. Si, en effet, on se reporte aux dispositions de la loi du 24 juillet 1867, on s'aperçoit que le nombre des articles consacrés à cette matière est très restreint.

L'article 27 exige formellement la tenue d'une assemblée générale chaque année, tout en laissant aux statuts le soin d'en fixer souverainement l'époque de réunion ; cette assemblée générale annuelle désignera les commissaires de surveillance pour l'année suivante (art. 32), elle examinera l'inventaire, le bilan, le compte des profits et pertes, puisque toutes ces pièces doivent lui être présentées (art. 34, al. 4).

Mais il ne faut pas s'y tromper, ce n'est pas d'une façon directe que la loi tranche la question, c'est plutôt d'une façon incidente ; par suite, ces textes ne

doivent pas être considérés comme limitatifs. Dans la pensée du législateur (arg. art. 29, al. 1er, loi du 24 juillet 1867), il y a une opposition à établir entre les assemblées constitutives et les assemblées extraordinaires d'une part et les assemblées ordinaires d'autre part; alors que pour les premières la compétence est restreinte aux cas spécifiés (art. 30 et 31, loi du 24 juillet 1867), l'assemblée ordinaire a mission de statuer au contraire sur toutes les difficultés qui ne lui ont pas été soustraites, son pouvoir s'étend à toutes les questions pour lesquelles la loi n'a pas expressément exigé ces *formations* anormales que sont les assemblées constitutives et les assemblées extraordinaires.

Dès lors, envisagé sous cet angle, le champ d'action s'élargit considérablement, puisqu'il est fait de tout ce que la loi n'a pas constitué en domaine réservé; il a pour limites d'un côté : les questions relatives à la constitution de la société (vérification de la déclaration notariée des fondateurs, approbation des apports en nature et des avantages particuliers, nomination des premiers administrateurs), de l'autre : les questions qui, en touchant aux clauses statutaires, modifieraient la teneur de la convention primitive. Mais, à la condition de se maintenir entre ces deux lisières et de ne pas empiéter ni à droite ni à gauche, l'assemblée générale est souveraine.

Il n'est pas difficile maintenant de caractériser ses attributions en les rattachant à une idée générale; du moment que la mission de coopérer à la constitution de la société, comme celle de modifier les

statuts, échappent à l'action de l'assemblée ordinaire, il ne reste plus que celle d'exécuter, d'appliquer le pacte social, c'est-à-dire le contrat.

Cette idée, que nous dégageons du texte de la loi, est corroborée par le caractère juridique de l'assemblée d'actionnaires. Nous avons vu, dans notre première partie, que dans la société anonyme il appartient à la majorité de décider toutes les questions qui concernent la marche de la société, la mise en œuvre normale de l'entreprise. Ce que chacun des associés pourrait accomplir dans une société de personnes sans gérance constituée, la majorité des actionnaires pourra le faire; chaque actionnaire a donné tacitement à cette majorité le pouvoir de le lier, par avance il a fait sienne la volonté du plus grand nombre toutes les fois qu'elle s'exercera dans les limites des statuts. Les actionnaires, réunis en assemblée générale, ont une autorité souveraine dans la gestion.

De cette idée, que l'assemblée ordinaire a la haute main sur tout ce qui touche à l'application, à l'exécution du contrat, du pacte social, découlent logiquement toutes ses attributions : c'est parce que l'assemblée ordinaire est investie de cette mission par la loi et par la nature même du contrat, qu'elle examine les comptes de la société et statue sur les propositions de dividendes, qu'elle autorise les administrateurs à passer les actes qui excèdent leurs pouvoirs, et c'est encore pour la même raison qu'elle exerce à sa guise le droit de nomination et de révocation du personnel administratif (administrateurs et commissaires de surveillance); la loi impose à

l'assemblée des actionnaires, dans la société anonyme, une délégation de pouvoirs lorsqu'il s'agit des actes de la vie courante (art. 22, al. 1er, et art. 41, loi du 24 juillet 1867), mais en même temps elle rend hommage à la souveraineté de cette même assemblée en lui laissant le choix de ses mandataires (art. 25, 32, même loi).

Nous allons étudier successivement les principales attributions de l'assemblée ordinaire ; nous écarterons une distinction communément faite entre les délibérations portant sur l'organisation de la société et celles qui portent sur l'administration, et nous sommes autorisé à agir ainsi puisqu'il est désormais bien entendu que, dans les premières comme dans les secondes, c'est le même droit qu'exerce l'assemblée et qui est le principe de sa compétence.

SECTION PREMIÈRE

DÉSIGNATION DU PERSONNEL ADMINISTRATIF

Nomination et révocation des administrateurs. — Nous savons qu'en droit tous les actionnaires ont la faculté d'administrer. Mais, comme l'exercice de cette faculté est en fait impossible, il est délégué à des mandataires ayant pour mission de représenter la société et de faire les opérations en son nom. Ce sont ces mandataires qu'on appelle les administrateurs.

Les premiers administrateurs peuvent être désignés par le pacte social avec stipulation formelle

que leur nomination ne sera point soumise à l'approbation de l'assemblée (art. 25, al. 3, loi du 24 juillet 1867). Si les statuts ne contiennent pas cette désignation, nous verrons que l'une des attributions des assemblées constitutives est d'organiser l'administration de la société (art. 25, al. 1er). Mais le mandat dont les administrateurs sont investis est essentiellement temporaire. S'ils sont désignés par les statuts, la durée de leur mandat ne peut excéder trois années (art. 25, al. 3); s'ils tiennent leur pouvoir de l'assemblée générale, ils ne peuvent être nommés pour plus de six ans. Dans le silence des statuts, ils sont indéfiniment rééligibles.

C'est à l'assemblée ordinaire que reviendront le droit et l'obligation de pourvoir à leur remplacement; c'est en effet à elle qu'appartient le droit d'imprimer aux affaires sociales la direction qu'elle juge utile aux intérêts de tous et, pour la mettre en mesure d'exercer facilement ce droit, le législateur décide que les fonctions de ses mandataires ne seront pas perpétuelles, mais cesseront de plein droit à l'expiration d'un certain laps de temps. Tous les six ans au moins, l'assemblée sera dans la nécessité de déléguer à nouveau ses pouvoirs, et à cet effet réélira ou remplacera ses administrateurs. On aurait pu, il est vrai, se borner à consacrer au profit de l'assemblée la faculté de retirer à ses mandataires une confiance qu'elle jugerait désormais injustifiée ; mais on craignait, à juste titre, qu'en présence d'un administrateur incapable, mais au demeurant le plus honnête homme du monde, personne n'eut le courage de prendre l'initiative d'une mesure déso-

bligeante. Peut-être a-t-on voulu encore empêcher les administrateurs de se constituer, vis-à-vis de leurs électeurs, une de ces situations indépendantes que donnent toujours des fonctions conférées sans limite de temps.

Ainsi, à des époques assez rapprochées, puisque le terme le plus éloigné en est fixé à six ans, l'assemblée se trouvera en mesure de se prononcer d'une façon expresse sur l'administration ; on peut stipuler dans les statuts que le conseil d'administration se renouvellera partiellement chaque année, par voix de tirage au sort pour la première fois, puis par ancienneté lorsque le renouvellement sera établi; de la sorte, on maintiendra une certaine unité de vues dans la direction de l'entreprise en soumettant ainsi les administrateurs nouvellement désignés à une initiation faite par leurs collègues plus anciens.

L'assemblée a le droit de révoquer *ad nutum* les administrateurs (art. 22, 41, loi du 24 juillet 1867). Il y avait pour en décider ainsi deux motifs.

Le premier est tiré des principes spéciaux à la société anonyme : étant admise cette idée, sur laquelle on ne saurait trop insister, que l'assemblée est maîtresse des destinées de la société, il faut que toujours cette assemblée soit en correspondance adéquate de vues avec ses représentants. Si, à un moment donné, ceux-ci cessent de se conformer aux indications que leur fournit la majorité, il y a une méconnaissance de l'autorité de l'assemblée à laquelle il faut pouvoir mettre un terme par une révocation. Cela est d'autant plus nécessaire que,

dans la société anonyme, le personnel des actionnaires n'est pas fixé une fois pour toutes, il change au contraire continuellement, c'est même là un caractère essentiel de l'institution ; il importe que les actionnaires aient toujours le droit de révoquer les administrateurs qu'ils n'ont pas nommés peut-être ou en qui ils ont cessé d'avoir confiance. Par suite du renouvellement incessant des membres de la société, la conception que la majorité s'est faite de l'entreprise peut varier du tout au tout, les administrateurs qui doivent agir conformément à la pensée de l'assemblée qu'ils représentent seront écartés s'ils résistent.

Ajoutez à cela cette autre raison que nous offrent les principes généraux du droit : les administrateurs, à l'égard des actionnaires, sont dans la situation des mandataires vis-à-vis de leurs mandants et l'on sait que le mandat étant fondé sur la confiance du mandant vis-à-vis de son mandataire, doit cesser le jour où cette base fait défaut (art. 2003, C. civ.).

Ces deux motifs, joints l'un à l'autre, justifient le droit de révocation *ad nutum* de l'assemblée d'actionnaires et nous permettent d'en fixer l'étendue exacte et le caractère.

Dans le nombre, souvent très important, d'individus placés à la tête d'une société anonyme, il faut faire une sélection, distinguer ceux qui sont les mandataires de la société de ceux qui ne sont liés à celle-ci que par un louage de travail. Si élevée que soit la situation d'un employé, fût-il un ingénieur des plus savants, il n'en reste pas moins vrai qu'au point de vue juridique, il n'y a pas de différence à

faire entre cet employé et l'ouvrier, le manœuvre que la société embauche pour les travaux matériels. L'un et l'autre ont formé avec la société une convention soumise aux règles du louage de travail et non à celles du mandat ; il s'ensuit qu'ils relèvent tous deux de l'article 1780 du Code civil et en aucune façon de l'article 2003 (même code).

En vertu de ce criterium, nous écarterons, à coup sûr, la faculté de révocation à l'égard du directeur technique que l'on trouve toujours dans les grandes sociétés. Un ingénieur ou un financier engage ses services pour le temps qu'il lui plaît de fixer, moyennant des appointements déterminés : il y a là un agent d'exécution, un employé qui fait bénéficier l'entreprise de ses connaissances techniques ; nul doute qu'à l'égard de la société il ne soit lié par un louage de travail. A moins de motifs graves, il ne pourra être révoqué sans dommages-intérêts (1).

Par contre, tous les administrateurs, qui sont incontestablement les représentants de la société,

---

(1) Boistel. *Cours de droit commercial*, 4e édit., n° 309, p. 221. — De Courcy. *Les sociétés anonymes*, p. 15, 56 et suiv. — Bédarride. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, nos 792 et 797. — Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. II, n° 837, p. 48. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, n° 837 *bis*, p. 716. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., t. II, n° 797, p. 18 et suiv. — Mathieu et Bourguignat. *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, n° 173.

Cass., 30 avril 1878. S. 78. I. 313. — Cass., 10 janvier 1881. D. 81. I. 161 ; S. 81. I. 251. — Paris, 21 juin 1883. *Rev. des soc.*, 1884, p. 103. — Paris, 13 décembre 1883. *Rev. des soc.*, 1884, p. 238. — Paris, 8 mars 1886. S. 87. II. 166, et 4 novembre 1886. S. 86. II. 235. — Nancy, 21 juillet 1891. S. 92. II. 149. — Voir aussi : Paris, 20 novembre 1888. *Rev. des soc.*, 1889, p. 132.

sont sous la menace perpétuelle d'une dénonciation sans indemnité du contrat formé entre eux et la société (1). Et il n'y a pas lieu de faire, en matière de société anonyme, la distinction que tous admettent en matière de commandite entre l'administrateur nommé par l'assemblée et l'administrateur désigné par les statuts (2). Aux termes de l'article 1856, alinéa 2 (C. civ.), lorsque le gérant est désigné par l'acte constitutif de la société, sa nomination faisant partie du pacte fondamental de la société emprunte à celui-ci un caractère obligatoire et permanent : le mandat est alors donné à la fois dans l'intérêt du mandant et du mandataire, la révocation ne peut être l'œuvre du mandant seul.

Dans une société en commandite, où sont réunis côte à côte des associés qui limitent leur contribution aux pertes à une sorte de dividende, et d'autres

---

(1) Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 782, p. 13. – Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 812, p. 687. — Pont. *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 1607, p. 586. — Rivière. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, n° 186. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. II, n° 795, p. 16.

Douai, 14 décembre 1858. S. 59. II. 278. — Cass., 28 juillet 1868. S. 69. I. 57. — Cass., 30 avril 1878. S. 78. I. 313 ; D. 78. I. 314. — Agen, 7 janvier 1879. D. 79. II. 247 ; S. 79. II. 142. — Paris, 13 décembre 1883. S. 84. II. 39. — Cass., 2 juillet 1888. S. 88. I. 421. — Paris, 29 janvier 1885. *Rev. des soc.*, 1885, p. 264. — Paris, 17 mars 1893. *Rev. des soc.*, 1893, p. 385.

Contra : Mathieu et Bourguignat. *Commentaire.* ., n° 172.

(2) Bédarride. *Commentaire...*, n° 342. — Boistel. *Cours...*, 4e édit., n° 308, p. 220. – Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 812, p. 688. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 1608, p. 586. — Vavasseur. *Traite...*, 5e édit., t. II, n° 795, p. 16.

Cass. civ., 30 avril 1878, précité. — Agen, 7 janvier 1879, précité. — Trib. com. Marseille, 7 mars 1882. *Journ. des soc.*, 1883, p. 337. — Paris, 6 mars 1890. *Journ. des soc.*, 1891, p. 260.

qui se soumettent à une responsabilité personnelle relativement aux engagements de la société, on conçoit l'intérêt capital du gérant statutaire, nécessairement choisi parmi les commandités, à rester à la tête de l'entreprise.

Dans une société anonyme, l'administrateur, dont la responsabilité n'est jamais personnelle, mais se limite toujours au nombre des actions dont il est titulaire, ne peut pas invoquer au même titre son intérêt à rester investi de la direction. Et puis la faculté de révocation que la loi consacre énergiquement et sans distinction, a, en notre matière, un fondement particulier ; si l'administrateur est révocable *ad nutum,* c'est sans doute parce qu'il est un mandataire, mais c'est aussi et surtout parce qu'il incarne en sa personne la pensée de la majorité. Or, qu'il soit désigné par les statuts ou qu'il soit nommé par l'assemblée, sa situation reste la même, et conséquemment elle doit être soumise aux mêmes règles.

Peu importerait que l'administrateur soit en même temps directeur technique de l'entreprise ; au point de vue juridique, il y aurait deux rôles joués par la même personne, on appliquerait alors séparément les règles que nous venons de poser et on déciderait que le droit de révocation *ad nutum,* à l'égard de cette même personne s'exercerait dans les relations dérivant du contrat de mandat et resterait sans application en ce qui concerne le louage de travail (1).

---

(1) Paris, 19 juillet 1891. *Rev. des soc.*, 1892, p. 501. *Journ. des soc.*, 1893, p. 9. — Nancy, 21 juillet 1891. S. 92. II. 149. — Cass., 12 décembre 1892. *Rev. des soc.*, 1893, p. 82.

En dehors de ces points, sur lesquels les solutions sont certaines, indiscutées, il en est d'autres où l'entente n'existe pas.

L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 autorise les administrateurs à désigner parmi eux un directeur, qui n'est pas le directeur technique, comme aussi à se substituer, si les statuts le permettent, un mandataire étranger à la société. Cet administrateur délégué, ce mandataire substitué, tiennent leurs pouvoirs uniquement du conseil d'administration. Ils ne sont pas sous la dépendance immédiate de l'assemblée des actionnaires, et celle-ci est sans qualité pour prononcer leur révocation ; au mandant seul, c'est-à-dire au conseil d'administration, il appartient de le faire.

En fait, on trouve aussi dans les sociétés d'assurances, de banque surtout, à côté du conseil d'administration, des individus nommés directement par l'assemblée générale, et chargés d'expédier les affaires courantes. Tout autre serait la situation de ces individus, auxquels on donne encore le nom de directeurs, vis-à-vis de l'assemblée. Mandataires de celle-ci, ils sont essentiellement révocables au gré de la majorité des actionnaires.

On (1) a voulu argumenter de la différence de fait qui existe entre les administrateurs et ces directeurs pour éloigner de ces derniers la menace d'une révocation *ad nutum*. On a dit, que les premiers étaient des hommes considérables remplissant des

---

(1) Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. II, nos 797 *bis* et suiv., p. 19 et suivantes.

fonctions gratuites (on compte pour rien l'allocation de jetons de présence) ; ils jouissent dans la société d'une situation honorifique où ils essaient de faire bénéficier la collectivité de leur expérience sans doute, mais surtout de la considération qui s'attache à leur nom. Ils se réunissent à des intervalles réglés pour délibérer en conseil sur les grandes lignes de l'administration financière. Les seconds sont des hommes de métier, choisis pour leurs aptitudes, pour leur expérience ; alors que les administrateurs ne sont guère que des hommes de bon sens qui, de temps à autre, jettent le coup d'œil du maître, le directeur exerce une profession, et c'est souvent dans ce but unique qu'il est entré dans la société. On sait comment, en effet, sont choisis dans la pratique ces directeurs que l'on trouve à la tête des sociétés de banque ou d'assurances : la désignation porte souvent sur un individu absolument étranger à la société, une jurisprudence tolérante exige simplement que, le jour de son entrée en fonctions, le directeur soit possesseur du nombre d'actions exigé par les statuts conformément à la loi. En un mot, dit-on, le contrat intervenu entre la société et le directeur tient plutôt de louage de services que du mandat.

On ajoute, pour donner une base légale à cette solution, qu'aux termes mêmes de l'article 22 de la loi de 1867, ce sont les mandataires de la société qui sont révocables *ad nutum ;* or les mandataires dont on réglemente ainsi la situation ont toujours été, dans la pensée du législateur, les administrateurs. La loi du 24 juillet 1867 n'en connaît pas d'autres

(voir les art. 22, 25, 26, 30, 37, 42, 44, loi du 24 juillet 1867). Si son esprit pouvait être douteux, les explications fournies au cours de la discussion qui a précédé le vote suffiraient à l'établir avec précision. Des déclarations de M. le Garde des sceaux, il résulte en effet qu'on a entendu établir, au point de vue de la question qui nous occupe, une distinction entre les administrateurs et le directeur dans lequel on ne voyait qu'un agent de l'administration.

Nous allons voir que précisément cette référence, fournie à l'appui du système, en démontre le point faible ; en réalité, cette opinion repose sur une confusion entre le directeur technique et le directeur représentant, mandataire de la société. Dans le passage des travaux préparatoires que l'on cite, M. le Garde des sceaux s'est attaché à établir la différence qui existe entre l'administrateur et le directeur qui est agent de la société au même titre que le caissier : le premier est l'organe par lequel s'affirme dans les actes de la vie juridique la personnalité morale de la société, le second n'est qu'un préposé. Entre ces deux personnes, investies de fonctions différentes, l'orateur établit une antithèse (1).

Or, précisément, le directeur, dont nous étudions actuellement la situation juridique vis-à-vis de la société, n'est pas celui dont parlait M. le Garde des sceaux. L'existence d'une société, comme celle d'un individu, se compose d'un ensemble d'actes qui

---

(1) Séance du 4 juin 1867 au Corps législatif. Voir : Tripier. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, 2e édit., t. II, nos 2840 et suiv., p. 148 et suiv.

doivent être exécutés non pas à des intervalles fixes et assez éloignés, mais d'une façon quotidienne ; il n'est donc pas possible qu'un conseil d'administration, si dévoués que l'on suppose les actionnaires qui en font partie, figure dans tous ces actes, il faudrait qu'il siège en permanence.

On peut lui demander de prendre les décisions importantes ; mais le soin d'exécuter ces décisions, de diriger et surveiller l'ensemble des affaires sociales, ne doit pas lui être imposé. A cet effet, ou bien il désignera l'un des siens, ou bien l'assemblée générale elle-même, en organisant son administration, en même temps qu'elle investit quelques-uns de ses membres de la fonction de délibérer, place à côté un individu, actionnaire encore, auquel est confiée la mission active, celle d'agir incessamment.

Quel que soit le nom que la pratique attribue à cet individu, qu'on le désigne sous le nom d'administrateur délégué, de directeur, peu importe, sa situation juridique est la même ; elle est caractérisée par sa mission qui est de représenter la société. Sans doute, pour faire face aux difficultés nombreuses et imprévues que peut susciter l'expédition des affaires courantes, il est nécessaire de choisir un homme capable, ayant des aptitudes spéciales en rapport avec le but que poursuit la société. La société sera dans l'obligation d'attacher à de semblables fonctions une allocation souvent fort élevée, qui, aux yeux du titulaire, constituera un véritable traitement. Mais il ne s'ensuit pas le moins du monde qu'il faille considérer cet administrateur délégué, ce directeur, comme un employé et non comme un mandataire.

Qu'on ne dise pas qu'aux termes de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, c'est l'administrateur seul qui est révocable, la faculté de révocation a été attachée à la qualité de mandataire, et le titre dont le législateur s'est servi pour désigner celui qui est investi de ces fonctions n'a rien de limitatif : l'on peut même dire que le directeur est, lui aussi, un administrateur, il a dans l'administration des attributions spéciales. Nulle part la loi n'a prescrit à l'assemblée de donner à tous ceux auxquels elle délègue le droit d'administration des pouvoirs uniformes. Quand on va au fond des choses, on s'aperçoit bientôt que tout homme qui participe à la gestion de la société, alors même qu'il est spécialisé dans un certain ordre d'idées, est un administrateur, soumis aux règles édictées dans l'article 22 de la loi de 1867.

L'opinion que nous venons d'exposer est d'ailleurs celle de la majorité de la doctrine et elle a toujours été maintenue avec rigueur par la jurisprudence (1).

La faculté de révocation *ad nutum* a été attachée à la qualité de mandataire de la société à ce point que la loi lui reconnaît le caractère d'ordre public (2) ; l'article 41 de la loi du 24 juillet 1867

---

(1) Cass., 30 avril 1878. S. 78. I. 313. — Cass., 10 janvier 1881. S 81. I. 251 ; D. 81. I. 161. — Cass., 16 novembre 1886. S. 88. I. 307. — Cass., 21 juillet 1887. S. 88. I. 307. — Cass., 2 juillet 1888. S. 88. I. 421. *Rev des soc.*, 1888, p. 416.

(2) Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 782, p. 14. — Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., n° 812, p. 688. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 1610. — Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e édit., n° 650, p. 348. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. II, n° 795, p. 17. — *Contra :* Boistel. *Cours...*, 4e édit., n° 308, p. 220. — De Courcy. *Les sociétés anonymes*, p. 65. — Mathieu et Bourguignat. *Commentaire...*, n° 172.

attache la peine de nullité à l'inobservation de l'article 22 de la même loi.

Si l'on s'en était tenu aux règles du mandat, rien n'empêchait, quoi qu'on en ait dit (1), l'assemblée, le mandant de se lier pour un temps déterminé, de s'engager à n'user du droit de dénoncer le contrat qu'en présence de motifs légitimes ; mais on se souvient qu'en rédigeant l'article 22, le législateur, en même temps qu'il s'inspirait des règles du droit commun concernant le mandat, envisageait le caractère propre de la société anonyme qui exige impérieusement la dépendance absolue des représentants de la société vis-à-vis de celle-ci.

De ce que le pouvoir qui appartient à l'assemblée de révoquer les administrateurs est d'ordre public, il résulte que toutes les clauses qui auraient pour effet de supprimer ou même d'entraver si peu que ce soit l'exercice de ce pouvoir seraient frappées de caducité.

(1) Paris, 17 mars 1893. D. 93. II. 309. — Cet arrêt fait dériver le droit de révocation absolu qui appartient à l'assemblée à l'égard des administrateurs de cette règle générale que le mandat est *par essence* révocable à la volonté du mandant. Si l'on admettait l'idée émise par cet arrêt, la loi de 1867, dans ses articles 22 et 41, n'aurait fait qu'une application de ce principe à la matière des sociétés anonymes. Mais nous ne partageons pas cette opinion ; la révocabilité du mandat est seulement *de la nature* de ce contrat, elle n'est pas de son essence. (Cass. req., 8 avril 1857. D. 58. I. 134. — 9 juillet 1885. D. 86. I. 310. — Voir toutefois : La Martinique, 14 décembre 1870. D. 72. I. 223.) Si le mandat des administrateurs est essentiellement révocable, cela résulte des principes spéciaux qui régissent les sociétés anonymes et de la combinaison des articles 22 et 41 de la loi du 24 juillet 1867. (Cass. civ., 30 avril 1878. D. 78. I. 314 ; et sur renvoi : Agen, 7 janvier 1879. D. 79. II. 247. — Cass. civ., 10 janvier 1881. D. 81. I. 161. — Paris, 20 janvier 1886. D. 87. II. 93. — Cass. req., 12 décembre 1892. D. 93. I. 164.)

D'où les conséquences suivantes : les actionnaires ne peuvent pas renoncer pour un temps au droit de révoquer les administrateurs de la société (1). Une clause des statuts ne peut pas, en enlevant à la société le droit de révoquer ses mandataires, conférer aux tribunaux le pouvoir de contrôler les causes de la révocation et d'allouer des dommages-intérêts aux mandataires révoqués sans cause légitime (2). La promesse faite à un administrateur d'une indemnité au cas de révocation est nulle (3). Les clauses qui tendraient à ces fins constitueraient en réalité des entraves à la liberté des actionnaires, des atteintes au principe établi dans l'article 22 et sanctionné dans l'article 41, et, à ce titre, elles doivent être proscrites.

Nomination et révocation des commissaires de surveillance. — Nous verrons que les premiers commissaires de surveillance sont nommés par l'assemblée générale ; mais leurs fonctions ne durent qu'un an, et l'article 32 de la loi du 24 juillet 1867 indique qu'ils sont désignés par l'assemblée annuelle, c'est-à-dire par l'assemblée ordinaire.

Si l'assemblée générale omettait de faire cette nomination ou si un ou plusieurs des commissaires

---

(1) Cass., 10 janvier 1881. D. 81. I. 161. — Douai, 11 juillet 1885. *Rev. des soc.*, 1885, p. 604; *Journ. des soc.*, 1887, p. 215.

(2) Cass. civ., 30 avril 1878, précité, et sur renvoi : Agen, 7 janvier 1879, précité. — Cass. civ., 10 janvier 1881, précité. — Paris, 20 janvier 1886, précité. — Cass. req., 12 décembre 1892, précité. — Paris, 13 décembre 1883. D. 85. II. 9.

(3) Paris, 13 décembre 1883. D. 85. II. 9. — Paris, 20 janvier 1886. D. 87. II. 93. — Paris, 17 mars 1893. D. 93. II. 309. — Paris, 25 juillet 1893. D. 94. II. 6.

nommés refusaient la mission ou étaient empêchés de la remplir, il serait procédé, conformément aux prescriptions de l'article 34 (loi du 24 juillet 1867), à la nomination ou au remplacement des commissaires par ordonnance du président du tribunal de commerce du siège de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés. Nous croyons même que cette compétence du président du tribunal de commerce est exclusive de celle de l'assemblée et qu'il ne pourrait pas y être dérogé par une clause des statuts ; l'argument qui nous détermine à opiner en ce sens est tiré du texte même de la loi. Il est dit, en effet : *il est procédé.* Ceci indique non pas une faculté laissée à la société, mais une réglementation précise, une obligation qu'on ne peut éviter (1).

Il est hors de doute, que le lien de droit, qui est formé entre les commissaires de surveillance et la société, est de même nature que celui qui existe entre celle-ci et les administrateurs, ce sont des mandataires investis de fonctions différentes : aux uns, l'assemblée a confié le soin d'agir, d'administrer ; aux autres, elle a délégué l'exercice de son droit de contrôle. Mais tous sont les représentants de la société, et, en droit, ils sont tous révocables *ad nutum.* En fait, la question présente peu d'intérêt à raison de la courte durée des pouvoirs des commissaires de surveillance ; cependant, il est utile de

---

(1) Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 845, et dissertation au *Journ. des soc.*, 1897, p. 49. — *Contra :* Deloison. *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères,* t. I, n° 407.

rappeler qu'en principe l'assemblée générale jouit de la faculté de révocation vis-à-vis des commissaires, comme vis-à-vis des administrateurs, et aux mêmes conditions.

SECTION II

L'ASSEMBLÉE ORDINAIRE ARRÊTE CHAQUE ANNÉE LA SITUATION SOCIALE. ELLE VÉRIFIE LES COMPTES DE LA SOCIÉTÉ, EXAMINE LA GESTION DES ADMINISTRATEURS, STATUE SUR LES PROPOSITIONS DE DIVIDENDES.

Jusqu'ici, c'est d'une façon indirecte que l'assemblée générale participe à la gestion de la société, les représentants nommés par elle agissent sans son concours. Mais pourtant une fois chaque année, à tout le moins, les actionnaires sont mis à même de se rendre compte, d'intervenir directement en examinant la situation sociale : toutes les personnes investies, soit d'un mandat d'administration, soit d'un mandat de surveillance, viendront rendre compte de leur gestion.

La loi prescrit, en effet, de présenter à l'assemblée annuelle l'inventaire, le bilan et le compte des profits et pertes (art. 34, al. 4). Et il importe de remarquer qu'il ne s'agit pas là d'une simple formalité. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler les mesures prises par le législateur dans le but de permettre aux actionnaires de faire un utile examen

et de donner plus d'autorité aux décisions de l'assemblée générale.

Parmi ces mesures, il en est qui sont antérieures à la réunion de l'assemblée et que voici.

Aux termes de l'article 35 de la loi du 24 juillet 1867, quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire, qu'il ait ou qu'il n'ait pas le droit de vote, pourra prendre (1), au siège social, communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, et se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires. Le législateur entend que, dans les quinze jours qui précéderont la réunion de l'assemblée générale et jusqu'au jour de la réunion (2), les actionnaires puissent à loisir s'éclairer sur la marche des opérations sociales au cours de l'exercice qui vient de finir ; et, à cet effet, il leur donne le droit de demander et de prendre connaissance des documents qu'elle indique, puis aussi celui de se faire délivrer copie de certains d'entre eux.

Ces documents, dont la loi prescrit la communi-

---

(1) Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 896, p. 89. — Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 858, p. 739. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 1672, p. 621. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. II, n° 817, p. 47.

(2) Telle est, à coup sûr, la pensée de la loi. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point. (Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 1671, p. 621. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 896, p. 89. — Lyon-Caen. *Traité...*, 3e édit., t. II, p. 738, note 2.)

Toutefois, lorsqu'on s'en tient à la lettre de l'article 35, il semble en résulter que, le quinzième jour expiré avant la réunion de l'assemblée générale, les actionnaires ne pourront plus exercer leur droit ; si l'esprit de cette disposition n'est pas douteux, la rédaction en est défectueuse et prête à équivoque.

cation, sont ceux dans lesquels la situation de la société doit se refléter comme dans un miroir.

L'inventaire est celui que l'article 34 (al. 3) indique en ces termes : « Il est établi, en outre, chaque année, conformément à l'article 9 du Code de commerce, un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société... » C'est celui que tout commerçant est tenu de dresser tous les ans, et dont l'obligation incombe nécessairement aux sociétés anonymes qui sont des sociétés commerciales. La société anonyme doit donc annuellement procéder à un relevé complet, article par article, de sa situation active (matériel, immeubles, marchandises, effets en portefeuille, créances diverses, espèces en caisse ou en dépôt) et passive (capital social, fonds de réserve, dettes de toute nature).

Le bilan est un exposé méthodique et résumé du doit et de l'avoir d'un commerçant, en l'espèce de la société, et la balance de l'un avec l'autre. L'inventaire présentait l'état détaillé des opérations sociales, le bilan en offre une vue d'ensemble et fait ressortir ce qui importe en dernière analyse : les bénéfices ou les pertes.

Parmi les pièces à communiquer, figurent encore le rapport des commissaires de surveillance et la liste des actionnaires.

On pourrait, au premier abord, s'étonner que la loi donne aux actionnaires le droit de prendre connaissance d'un rapport qui leur sera lu à la réunion de l'assemblée ; et pourtant la disposition de l'article 35 est très sage. Si l'on veut que les action-

naires soient éclairés avant de se présenter à l'assemblée générale, il faut les appeler à consulter le travail des commissaires. Le bilan et les inventaires sont des livres dont la lecture n'est pas possible à tout le monde ; les mettre entre les mains d'un actionnaire ignorant des choses du commerce et de l'industrie, c'est tout comme si l'on plaçait un bachelier en présence d'une page de Tacite, sans lui mettre en main la traduction ; il est fort à craindre que ni l'un ni l'autre ne comprenne. Pour que la communication de l'inventaire et du bilan soit efficace, il fallait y ajouter celle du travail des commissaires ; les actionnaires trouveront dans ce rapport un résumé des opérations sociales et du résultat de ces opérations, ils y trouveront surtout une première appréciation émanant d'hommes compétents. Ce sera suffisant pour empêcher l'esprit des actionnaires de divaguer sur l'inventaire et pour l'arrêter à un examen utile des différentes résolutions à prendre.

Quant à la liste des actionnaires (1), sa consul-

---

(1) On s'est demandé quelle est cette liste des actionnaires qui doit être communiquée.

Certains auteurs (Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 1672, p. 621. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. II, p. 117) ont songé à cette liste nominative des souscripteurs qui, aux termes de l'article 55, alinéa 3, de la loi du 24 juillet 1867, doit être annexée à l'acte constitutif déposé au greffe de la justice de paix et du tribunal de commerce. Mais à quoi donc pourrait servir cette communication d'une liste dont les membres sont peut-être maintenant totalement étrangers à la société ?

Aussi, a-t-on dit, avec beaucoup plus de raison, que la liste des actionnaires visée par l'article 35 (loi du 24 juillet 1867) est la liste alors actuelle des titulaires d'actions nominatives, avec les modifi-

tation permettra aux membres de l'assemblée de se connaître, de se concerter ; elle facilitera surtout l'exercice de la faculté de groupement, consacrée par la loi du 1er août 1893 (art. 4) au profit des petits actionnaires. Il faut remarquer, en effet, que tous, même ceux qui ne sont pas admis à l'assemblée générale, peuvent invoquer les dispositions de l'article 35.

Comment les actionnaires pourront-ils user du droit que la loi leur accorde de prendre connaissance de l'inventaire, du bilan, de la liste des actionnaires et du rapport des commissaires de surveillance ?

Tout d'abord ils pourront se rendre au siège social, quinze jours au plus avant la réunion, et consulter ces documents qui doivent être mis à leur disposition ; ils sont aussi autorisés à se faire délivrer copie du bilan et du rapport des commissaires. Il est généralement reconnu que les actionnaires ont le droit de prendre des notes sur les autres pièces communiquées; ce sera souvent nécessaire pour faciliter le travail de la mémoire. C'est un procédé qu'en principe on ne saurait critiquer. Mais, par contre, nous ne pouvons approuver la tendance de certains tribunaux, en particulier du tribunal de commerce de la Seine (1), à permettre de prendre copie de l'inventaire et de la liste des actionnaires.

---

cations apportées à la liste d'origine par les transferts successifs, liste dressée à nouveau chaque année, en vue de l'assemblée annuelle. (Trib. com. Seine, 15 janvier 1894. *Journ. des soc.*, 1894, p. 419. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., no 896, p. 90.)

(1) Trib. com. Seine, 24 mars 1883. *Rev. des soc.*, 1883, p. 382. — 14 juin 1890. *Journ. des soc.*, 1891, p. 14. — 15 janvier 1894. *Journ. des soc.*, 1894, p. 419.

Comment, en effet, peut-on imaginer que la distinction faite par la loi entre, d'une part, le bilan et le rapport des commissaires dont les actionnaires sont autorisés à se faire délivrer copie, et, d'autre part, l'inventaire et la liste des actionnaires dont la communication seule est accordée, se réduise simplement à ceci, à savoir : l'administration est tenue de mettre la copie des premiers documents à la disposition des actionnaires, libre à ceux-ci de se procurer par eux-mêmes la copie des autres pièces. En résumé, peut-on supposer que la loi ait voulu, par cette distinction, imposer à la société l'obligation de fournir la copie de certains éléments d'information et permettre seulement aux actionnaires de prendre copie des autres ?

A notre sens, la réponse négative n'est pas douteuse. La discussion au Corps législatif sur cet article 35 (loi du 24 juillet 1867) prouve que le législateur avait l'esprit hanté par la crainte des dangers que pourrait faire courir à la société la communication à tous les actionnaires des secrets de l'entreprise. On a pensé, à tort ou à raison, que parmi les personnes qui composent une société anonyme, il peut y en avoir une qui n'aura d'actionnaire que le nom et s'inquiéterait de faire le jeu d'une entreprise rivale, beaucoup plus que de jeter le coup d'œil du maître sur la situation sociale. C'est le motif qui a déterminé les résistances à admettre la communication du rapport des commissaires, après avoir fait écarter celle du rapport de l'administrateur; ne serait-ce pas aussi celui qui aurait restreint la délivrance des copies au bilan et au rapport des com-

missaires ? On est d'autant plus autorisé à le croire, qu'au sujet du projet de 1884, M. Bozérian, rapporteur au Sénat, et M. Buisson, rapporteur à la Chambre des députés, se sont énergiquement prononcés pour la solution que nous proposons, en invoquant les considérations que nous venons de faire valoir.

Concluons donc que si l'actionnaire a le droit de se faire délivrer copie du bilan et du rapport des commissaires de surveillance, il ne saurait revendiquer celui de prendre lui-même copie des autres documents dont il peut exiger la communication (1).

Le droit de communication, à supposer qu'il soit exercé, constitue donc une sérieuse mesure d'information que la loi met à la disposition des actionnaires. Nous avons laissé pressentir que ce n'est pas la seule.

Le souci d'obtenir de l'assemblée des actionnaires une discussion émanant d'hommes conscients de ce qu'ils décident, a fait établir une exigence à laquelle il faut satisfaire au sein même de l'assemblée, à peine de nullité de la délibération : on devra donner lecture à la réunion du rapport des commissaires de surveillance sur la situation de la société, le bilan et les comptes. Les actionnaires ont été mis à même de se renseigner, ils ont eu sous la main tous les documents susceptibles de les éclairer, mais il fallait compter avec la négligence des uns,

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, p. 738, note 4. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 897, p. 92. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. II, n° 817. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. II, n° 777, p. 119.

les empêchements des autres. Une discussion contradictoire doit s'engager, il lui faut une base qui précisément sera fournie par la lecture du rapport en question (art. 32, al. 2, loi du 24 juillet 1867).

Toutes ces précautions étaient nécessaires pour permettre aux actionnaires de prendre des résolutions en connaissance de cause ; elles l'étaient d'autant plus que ces délibérations qui interviennent à la fin de chaque exercice sur l'approbation des comptes de la société, ont une extrême importance. Les réunions annuelles d'actionnaires sont, dans la marche de la société, comme des temps d'arrêt pendant lesquels la société, avant de poursuivre sa route, jette un regard en arrière et procède à une sorte de règlement de ses affaires. C'est bien cela au fond qui va résulter de l'examen des comptes de la société, de cette étude, à intervalles périodiques, de la situation sociale.

Dans la délibération, qui est sur le point d'intervenir, il y a une approbation des écritures, des opérations terminées et de celles qui sont en cours, mais il y a aussi autre chose. L'assemblée prendra d'autres résolutions qui sont comme les corollaires de celle qui concerne l'examen des comptes.

La première est relative à la gestion de ses mandataires, la seconde concerne la distribution des dividendes.

En effet, de l'inventaire, du bilan, du rapport des commissaires de surveillance, se dégage dans son ensemble la situation sociale. Si l'assemblée, appelée à se prononcer sur cette situation, se montre satisfaite, lui donne son approbation, elle examine par

là même les actes de gestion de ses mandataires, et donne *quitus* à ces derniers. D'autre part, les bénéfices d'une entreprise commerciale, que celle-ci soit dirigée par une société ou par un individu, peu importe, ne sont pas autre chose que l'excédent de l'actif sur l'ensemble du passif et du capital social ; or, c'est l'inventaire, que la société anonyme dresse chaque année comme tout commerçant, qui permet de dire si une société réalise des bénéfices : l'inventaire n'est pas autre chose, comme nous l'avons vu, que le tableau synoptique du passif et de l'actif de la société. Si l'actif est supérieur au passif, il y a des bénéfices, s'il lui est inférieur, la société est en pertes ; si enfin il y a balance entre l'actif et le passif, il n'y a ni pertes ni bénéfices.

On voit donc que, approuver les comptes de la société, examiner la gestion des mandataires de la société, fixer les dividendes à distribuer, c'est en réalité une seule et même chose qui se résume en ceci : arrêter, à un moment donné, la loi dit annuellement, la situation sociale; et c'est là une des attributions de l'assemblée ordinaire.

Quel sera le rôle de cette assemblée?

La loi a pris trop de mesures destinées à éclairer les actionnaires, pour qu'on puisse songer un seul instant à un rôle passif. Les inventaires et les bilans sont tout simplement des documents qui contiennent des indications, des appréciations proposées à l'assemblée, mais qui sont susceptibles d'être approuvées, modifiées ou rejetées. Ce sont des projets d'actes auxquels l'assemblée pourra apporter toutes les modifications qu'elle jugera utiles. Il ne s'agit pas

le moins du monde d'une sorte d'entérinement, d'un acte emportant de plein droit obligation ou décharge, mais bien plutôt d'une homologation. Chaque année, l'assemblée doit établir sa situation active et passive, les éléments lui sont fournis par les administrateurs, mais c'est à l'assemblée qu'il appartient de donner la dernière main à l'élaboration des inventaires et des bilans. Ces documents, destinés à refléter la situation de la société, doivent satisfaire à deux conditions : être exacts, par exemple on ne doit pas faire figurer à l'actif une créance qui n'existe pas, et sincères, c'est-à-dire ne contenir ni exagération ni amoindrissement dans les évaluations. Si l'assemblée s'aperçoit que le projet qui lui est soumis manque de l'une ou de l'autre de ces qualités, elle doit procéder aux rectifications.

Par conséquent, elle peut, pour donner une juste appréciation aux éléments de l'actif, modifier l'estimation qui leur a été donnée par les administrateurs dans leur inventaire ou même par les statuts (1); elle peut également effectuer sur l'actif brut les prélèvements nécessaires pour compenser les dépréciations qui ont pu se produire (2).

En un mot, les administrateurs ont préparé un projet d'acte concernant l'état de la société au point de vue tant de l'actif que du passif. Les actionnaires sont mis à même d'en prendre connaissance et de l'étudier d'une façon attentive ; à eux revient, dans

---

(1) Trib. com. Seine, 9 avril 1888. *Journ. des soc.*, 1888, p. 635 ; *Rev. des soc.*, 1888, p. 334.

(2) Trib. com. Seine, 10 octobre 1892. *Rev. des soc.*, 1893, p. 95. — Trib. com. Seine, 14 janvier 1893. *Rev. des soc.*, 1893, p. 392.

leur assemblée, l'obligation de le vérifier, de le corriger, enfin de le fixer dans sa forme définitive.

Quelle sera exactement la portée de la délibération qui approuve les comptes et statue sur les propositions de dividendes ?

Nous allons essayer de préciser ce point en envisageant l'effet de cette délibération, tour à tour, par rapport aux administrateurs et par rapport aux actionnaires.

Vis-à-vis des premiers, la situation est certainement très simple. Nous savons qu'entre eux et la société, l'ensemble des actionnaires, les relations sont celles qui existent entre un mandataire et son mandant. L'administrateur a rendu ses comptes, la société les a reçus et les a approuvés, la situation juridique de l'un et de l'autre est désormais régie par la convention qui s'est ainsi formée entre eux et qui, en cette matière, comme en toute autre, forme la loi des parties (1). A moins qu'il n'y ait eu d'un côté ou de l'autre violence, dol ou erreur, le respect de la convention s'impose.

C'est qu'en effet, il y a véritablement ici une reddition de comptes, à laquelle il faut appliquer les dispositions de l'article 541 du Code de procédure civile. Aux termes de ce texte, qui n'est après tout que l'application des principes généraux à une espèce, la revision des comptes est interdite. Si le compte est judiciaire, l'autorité qui s'attache à la chose jugée intervient pour empêcher de le remettre

---

(1) Paris, 30 juin 1883. D. 85. II. 18. — Cass. req., 9 juillet 1888. D. 88. I. 321.

en question. S'il est amiable, la foi due aux conventions se dresse comme un obstacle à une discussion générale. Toutefois, comme la fragilité humaine ne perd jamais ses droits et peut se manifester ici comme ailleurs, il a fallu prévoir que des erreurs se glisseraient souvent dans les redditions de comptes ; ces erreurs, dit la loi, pourront être redressées.

Ces règles seront applicables à la délibération de l'assemblée générale si elle constitue vraiment une reddition de comptes, c'est-à-dire si, en fait, les actionnaires se sont prononcés en connaissance de cause, s'ils se sont livrés à un examen minutieux et attentif de chacun des articles qui doivent être discutés et approuvés. C'est qu'en effet la présentation à une assemblée d'actionnaires de la comptabilité de la société n'équivaut pas toujours, dans l'intention des parties, à une reddition de comptes des administrateurs, elle peut constituer simplement une mesure d'administration intérieure. Le point de savoir s'il y a eu véritablement compte arrêté est donc tout de fait et variera suivant les circonstances (1). C'est seulement dans l'hypothèse d'une reddition de comptes que le vote de l'assemblée, approuvant les bilans et les inventaires, vaudra *quitus* à l'égard des administrateurs sous réserve des vices d'erreur, de dol, ou, cela soit dit pour mémoire, de violence.

Vis-à-vis des actionnaires, le vote émis par l'as-

(1) Paris, 13 juillet 1892. *Rev. des soc.*, 1893, p. 223. — Cass. civ., 8 mars 1892. *Rev. des soc.*, 1892, p. 233. — Trib. com. Seine, 23 décembre 1891. *Rev. des soc.*, 1892, p. 152.

semblée s'analyse en une exécution par la majorité d'un mandat qui lui a été confié par tous les membres de la société ; il ne peut donc être critiqué par personne, il s'impose à tous, puisque les relations entre l'assemblée et les actionnaires étant celles de mandataires à mandant, la volonté de la majorité est celle des actionnaires.

En vertu de ce principe, il est évident qu'une individualité ne peut pas venir remettre en question des comptes régulièrement approuvés. Elle ne pourrait davantage intenter ni poursuivre, en un mot exercer l'action sociale (1), après le vote qui accorde le *quitus* aux administrateurs, à moins que le *quitus* n'ait été surpris par erreur ou dol, ou bien qu'il n'ait porté sur des actes, accomplis en violation du pacte social, et que l'assemblée ordinaire est par conséquent impuissante à ratifier (2).

---

(1) Boistel. *Cours de droit commercial*, 4e édit., n° 313 *bis*, p. 224. — Deloison. *Traité des sociétés*, t. II, p. 517 et suiv. — Mathieu et Bourguignat. *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, n° 159. — Pont. *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 1563, p. 557 ; n° 1706, p. 636. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. II, n° 874, p. 138.

Paris, 3 janvier 1888. *Rev. des soc.*, 1888, p. 209. — Trib. com. Seine, 14 juin 1888. *Rev. des soc.*, 1888, p. 446 ; le *Droit*, nos des 2 et 3 juillet 1888. — Trib. com. Seine, 27 mai 1889. *Rev. des soc.*, 1889, p. 463 ; la *Loi*, n° du 23 juin 1889. — Cass. req., 14 janvier 1885. *Rev. des soc.*, 1885, p. 391. — Cass. req., 23 février 1885. *Rev. des soc.*, 1885, p. 392. — Voir aussi : Paris, 24 juin 1893. *Rev. des soc.*, 1894, p. 62.

(2) Rouen, 13 juin 1887. *Rev. des soc.*, 1888, p. 81. — Paris, 28 mars 1888. *Rev. des soc.*, 1888, p. 377. — Trib. civ. de Dinan, 26 mai 1886. *Journ. des soc.*, 1890, p. 30. — Trib. com. Seine, 29 juillet 1891. *Journ. des soc.*, 1892, p. 548. — Lyon, 28 janvier 1890. D. 92. II. 33. — Paris, 13 juillet 1892. *Rev. des soc.*, 1893, p. 223. — Cass. req., 13 novembre 1893. *Rev. des soc.*, 1894, p. 530.

A supposer que l'assemblée ordinaire ait relevé des fautes de gestion contre l'administrateur, la délibération par laquelle cette assemblée transige sur l'action sociale ou renonce à celle-ci, met un obstacle invincible à l'exercice individuel par les actionnaires de cette même action (1).

Enfin le vote de l'assemblée ordinaire fixe également d'une façon définitive les dividendes à distribuer.

Les dividendes, en effet, ne sont que les bénéfices de la société après les prélèvements nécessités par les réserves légale et statutaire. Ils sont constitués par l'excédent de l'actif sur le passif. L'assemblée a la haute main quand il s'agit d'établir la situation pécuniaire de la société, elle a encore la même souveraineté lorsqu'il s'agit de prendre une décision dont elle est elle-même appelée à fixer les éléments. Si le vote qui approuve les comptes de la société lie les actionnaires, il en est de même de celui qui ordonne la mise en distribution des dividendes.

Toutefois ce caractère définitif s'imposant à tous n'appartiendra bien certainement qu'aux décisions prises en pleine connaissance de cause et en toute liberté. La délibération qui approuve les comptes, donne décharge aux administrateurs, décide la mise en distribution de dividendes, est en réalité un acte juridique ; elle tient sa force d'un acte de volonté accompli par la masse des actionnaires. Si cette

---

(1) Paris, 22 avril 1870. D. 70. II. 121. — Paris, 11 juillet 1882. *Rev. des soc.*, 1883, p. 73. — Paris, 31 mai 1892. D. 93. II. 249. — Cass., 8 mars 1892. D. 93. I. 252. — Trib. com. Seine, 24 août 1898. *Gazette des tribunaux*, 98. II. 492.

volonté a été viciée, notamment par l'erreur ou le dol, la délibération elle-même dont elle est la base perd son énergie, elle peut être annulée en vertu des principes généraux de notre droit (art. 1109 et suiv., C. civ.). Il en résulte alors la disparition de l'acte que la société pouvait, dans des conditions normales, imposer au respect de chacun des actionnaires et que ceux-ci eux-mêmes pouvaient invoquer, disparition qui remet les choses au même point que s'il n'y avait pas eu d'assemblée d'actionnaires.

Ici se pose une question, d'une excessive gravité avant la loi de 1867 ; elle concerne la répétition des dividendes fictifs. L'erreur, dont est entachée la délibération, a porté, nous le supposons, sur l'évaluation de l'actif ou du passif de la société ; elle aura un contre-coup inévitable sur la fixation des bénéfices. Il peut en résulter que les dividendes distribués soient inférieurs à ceux qui auraient dû l'être si l'inventaire avait été régulier ; rien de plus facile alors que de réparer les suites de l'erreur. Mais plus souvent, il arrivera que les dividendes distribués seront supérieurs aux dividendes réels, peut-être même ne correspondront-ils à aucun bénéfice. Il y a eu distribution de dividendes fictifs. Est-ce qu'alors la société est en droit de demander la restitution à l'actionnaire qui a perçu ?

Nous verrons que la loi du 24 juillet 1867 s'explique sur ce point ; mais avant cette intervention législative, à notre avis, il n'y avait pas de difficulté possible, les principes généraux du droit, comme les règles spéciales à la matière des sociétés par actions, commandaient une réponse affirmative et ne per-

mettaient pas de distinguer entre les actionnaires de bonne foi et les autres (1).

La délibération de l'assemblée n'est pas autre chose qu'un acte qui fixe conventionnellement, à la fin de l'exercice, la dette de la société à l'égard de chaque actionnaire. L'erreur dont elle est entachée est un vice qui donnera ouverture à l'action en nullité. L'assemblée est tenue de revenir sur l'approbation donnée par elle aux comptes antérieurs et de dresser cette fois un inventaire exact. Or l'inventaire, c'est le titre des actionnaires pour retenir les divi-

---

(1) En ce sens : Delangle. *Des sociétés commerciales*, t. I, nos 354 et suiv. — Molinier. *Traité de droit commercial*, no 556, p. 508 et suiv. — Bédarride. *Commentaire des sociétés*, nos 226 et suiv. ; *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, t. I, no 225, p. 306. — Bravard-Veyrières. *Traité de droit commercial*, t. I, p. 358, et Demangeat sur Bravard, *eod. loco*, note 1. — Deloison. *Traité des sociétés*, t. I, no 227. — Boistel. *Cours de droit commercial*, 4e édit , no 213, p. 157. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, no 237, p. 195. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. II, nos 638 et suiv., p. 466 et suiv. — Si nous citons ici l'opinion de commercialistes qui, pour la plupart, ont écrit postérieurement à la loi du 24 juillet 1867, c'est que cette loi ne tranche notre difficulté qu'en ce qui concerne les sociétés par actions. Les règles nouvelles édictées par cet acte législatif demeurent donc sans application en dehors de ces sociétés ; les sociétés par intérêts restent soumises à cet égard aux règles du droit commun. La question se pose, à l'heure actuelle, moins souvent, mais elle se pose encore et dans les mêmes termes.

Rouen, 25 novembre 1861. *Journal des tribunaux de commerce*, 1862, p. 471 ; D. 62. II. 106. — Cass., 25 novembre 1861. D. 62. II. 166. — Cass., 3 mars 1863. D. 63. I. 125. — Caen, 16 août 1864. D. 65. II. 192. — Angers, 18 janvier 1865. *Journal des tribunaux de commerce*, 1865, p. 266 ; D. 65. II. 67. — Cass., 14 décembre 1869. D. 70. I. 179. — Bourges, 11 août 1871. D. 73. II. 34. — Cass., 3 août 1875. D. 76. I. 166. — Cass., 8 mai 1867. *Gazette des tribunaux*, 9 mai 1867.

Contra : Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, no 539, p. 377 et suiv. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, nos 1486 et suiv. (sol. implic.). — Aix, 22 juillet 1862. D. 62. II. 148. — Aix, 3 août 1869. D. 71. II. 76. — Alger, 24 mars 1867. D. 67. II. 230.

dendes réels, il se retourne contre eux pour leur enlever les dividendes fictifs. Les actionnaires détiennent sans cause les sommes qui leur ont été remises à titre de dividendes, nul moyen pour eux d'échapper à la restitution.

Cette solution, s'il en était besoin, trouverait un solide appui dans un principe qui régit nos sociétés par actions et qui est le suivant : le capital social, l'unique gage des créanciers sociaux, doit être entièrement souscrit et rester intact. Or, mettre en distribution des dividendes qui ne correspondent à aucuns bénéfices ou qui les excédent, c'est, à vrai dire, exercer un prélèvement sur le capital pour restituer aux actionnaires une partie, peut-être même la totalité, de leur mise. On voit qu'au point de vue juridique la discussion n'était guère possible.

Mais la pratique souffrait beaucoup de cette solution qui exposait, pendant un long temps, les actionnaires, même de bonne foi, à la restitution de sommes parfois considérables ; et, en dépit des efforts tentés dans le dessein de soustraire les actionnaires de bonne foi à la rigueur des principes, il n'apparaissait pas qu'il fût possible de légitimer, en faveur de ces actionnaires, un traitement équitable (1).

La situation fâcheuse qui était ainsi faite à l'actionnaire de bonne foi appela l'attention du législa-

---

(1) On a tenté notamment une assimilation entre les dividendes et les fruits civils, pour faire à l'actionnaire de bonne foi un sort identique à celui du possesseur. Voir : Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, nº 539, p. 377 et suiv. — Aix, 22 juillet 1862, précité.

teur en 1867. Aux termes de l'article 10, alinéa 3, de la loi du 24 juillet : « Aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire... »

A la lecture, cette disposition semble décider qu'en principe la délibération fixant les dividendes ne pourra être attaquée pour cause d'erreur. Dans deux cas seulement, il serait fait exception au principe : la répétition serait admise si la distribution a été faite en l'absence d'inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. Mais fût-il avéré que l'inventaire prescrit par les administrateurs était inexact, du moment que l'assemblée a voté la distribution des dividendes en se conformant aux résultats constatés par l'inventaire, les actionnaires, même de mauvaise foi, ne peuvent être inquiétés en aucune façon (1).

Tout d'abord, il importe de remarquer que cette interprétation ne peut être acceptée qu'autant qu'elle nous est impérieusement imposée par la loi. En effet, elle conduirait, en pratique, à faire de l'article 10, alinéa 3, de la loi du 24 juillet 1867 une disposition absolument inutile ; on n'aura jamais la naïveté de faite voter un dividende par l'assemblée générale sans lui présenter même un rudiment d'inventaire, ou de lui demander ce vote en lui mettant en main un inventaire qui n'accuserait

(1) Durandy. *Les assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes*, th. doct., Aix, 1893, p. 74 et 75.

aucuns bénéfices ou même qui révélerait des pertes. Mais il sera bien simple de rédiger un inventaire inexact, par exemple en majorant l'estimation d'objets inventoriés, en portant comme bonnes des valeurs irrécouvrables, etc. Dans ce cas, l'inventaire présentera, en apparence, des bénéfices, et, si un dividende est voté par l'assemblée générale, *il ne sera pas voté en dehors des résultats constatés par l'inventaire.*

A ce défaut d'être inutile, l'article 10, s'il fallait l'entendre dans le sens limitatif qui semble se dégager de sa rédaction et que de rares auteurs ont adopté, s'en joindrait un autre plus grave, celui de couvrir de sa protection des votes qui pourraient être le résultat d'un concert frauduleux entre une majorité et les administrateurs.

Aussi bien, n'est-ce pas là le sens de l'innovation introduite dans notre droit par la loi du 24 juillet 1867. Ce que la commission a voulu, en ajoutant à l'article 10 la disposition que l'on sait, c'est remédier aux conséquences imméritées dont la répétition des dividendes fictifs est accompagnée quand elle s'exerce à l'égard d'un actionnaire de bonne foi.

A l'endroit de l'actionnaire qui a perçu sciemment un dividende qui ne correspond pas aux bénéfices réalisés, aucune difficulté ne s'est jamais produite ; les principes généraux s'opposent incontestablement aux prétentions de cet actionnaire, s'il veut tenter une résistance à l'action en répétition.

Mais la question était discutée quand l'actionnaire avait touché les dividendes en vertu d'un vote qui avait toutes les apparences de la régularité, qu'il a

cru régulier. Pourra-t-on, dans cette hypothèse, demander à cet actionnaire en état de bonne foi parfaite de restituer les sommes qu'il a indûment perçues ? La jurisprudence, appuyée par la majorité de la doctrine, disait oui le plus souvent, mais enfin il y avait des hésitations, partant une harmonie à établir. La commission s'est attachée à cette œuvre d'unification en donnant satisfaction aux intérêts que froissait l'application des principes ordinaires. Elle a pensé qu'entre la situation de l'actionnaire de bonne foi, qui fait entrer des dividendes fictifs dans ses revenus, dans ses dépenses journalières, et celle du possesseur de bonne foi, il y a, sinon identité, tout au moins une analogie qui autorise le législateur à faire une assimilation de traitement. En fin de compte elle fait fléchir les principes.

Voilà l'esprit qui a inspiré tout le débat au Corps législatif sur l'amendement proposé par la commission. Restreindre la possibilité d'un recours contre les actionnaires aux deux cas prévus par l'article 10, alinéa 3 (loi du 24 juillet 1867), c'est méconnaître cet esprit, c'est refuser de voir ce que le législateur a voulu établir, à savoir une antithèse, au point de vue du traitement, entre l'actionnaire de bonne foi et celui qui est de mauvaise foi.

Au surplus, M. Mathieu, le rapporteur de la loi, sur une interpellation qui lui était adressée par M. Ernest Picard, a fait une déclaration formelle (1)

---

(1) Discussion au Corps législatif, séance du vendredi 31 mai 1867. Tripier : *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, 2e édit., t. II, nos 4515 et suiv., p. 529 et suiv.

A M. Ernest Picard, qui demandait, si, dans les termes de l'article 10,

dans le sens de l'opinion que nous soutenons, et c'est précisément sur cette déclaration, qui fixait le sens de l'amendement proposé par la commission, que le vote du Corps législatif est intervenu.

Voici donc, en résumé, l'économie du système introduit dans notre législation par le vote de l'article 10, alinéa 3 (loi du 24 juillet 1867).

On doit considérer les dividendes fictifs comme des revenus que les actionnaires ne sont pas tenus de restituer quand ils sont de bonne foi; mais il faut maintenir sans faiblir l'application des principes si l'actionnaire est de mauvaise foi. Quant à la question de mauvaise foi, suivant le droit commun, le poursuivant devrait l'établir dans chaque espèce particulière ; à cette règle, incontestable, de preuve,

---

l'action en répétition n'était pas exclue, alors qu'il serait établi cependant que l'actionnaire aurait reçu sciemment, M. Mathieu répondit en ces termes : « La fraude fait évidemment exception à toutes les règles. La loi ne peut pas entrer dans des particularités; elle ne peut pas prévoir des faits, des hypothèses. Mais il est certain que là où l'actionnaire aura reçu un dividende sachant qu'il est fictif..., il l'aura reçu de mauvaise foi, il l'aura reçu dans des conditions qui, sans que j'aie besoin d'examiner s'il sera ou ne sera pas passible des dispositions de l'article 405 du Code pénal, le soumettront manifestement à l'action en répétition; car *le principe dominant de la disposition qui est en ce moment présentée à la Chambre, c'est la bonne ou la mauvaise foi.*

» Sans doute la Commission, par sa rédaction, suppose qu'en dehors de toute circonstance particulière, l'actionnaire sera de bonne foi par cela seul qu'il aura reçu le dividende en présence d'un inventaire, en présence des résultats constatés par cet inventaire, résultats avec lesquels le dividende sera d'accord...

» Mais lorsque, sans inventaire ou sans que les résultats justifiassent le dividende distribué, l'actionnaire l'aura reçu, il sera en état de mauvaise foi, et alors il ne sera couvert que par la prescription quinquennale. »

Il est impossible d'être plus explicite.

il est dérogé dans deux cas où la loi établit une présomption de mauvaise foi : le premier est celui où la distribution a été faite en l'absence de tout inventaire, le second est celui où la distribution a été ordonnée en dehors des résultats constatés par l'inventaire. S'ensuit-il que, dans les autres hypothèses, la loi entende couvrir la mauvaise foi ? Pas le moins du monde, nous venons de l'établir ; seulement ici les principes ordinaires reprennent tout leur empire : la personne, qui se prétend lésée par le vote de dividendes fictifs, doit, pour contraindre les actionnaires à la restitution, fournir contre chacun d'eux la preuve de leur mauvaise foi. La tâche est difficile, mais elle incombe à coup sûr à la partie poursuivante.

Ainsi, lorsqu'en vertu d'un vote de l'assemblée, des dividendes, qui ne correspondent pas à des bénéfices réels, sont mis en distribution, on devrait admettre la répétition contre tous les actionnaires, si l'on interroge seulement les principes généraux ; et, précisément avant la loi du 24 juillet 1867, en ce qui concerne les sociétés par actions, c'est là qu'il fallait chercher la solution. A l'heure actuelle, par une dérogation expresse à ces principes, notre législation commerciale touchant la société par actions (art. 10, al. 3, loi du 24 juillet 1867) prescrit une distinction entre les actionnaires de bonne foi et les autres ; contre les premiers, aucune répétition n'est possible, contre les autres, une action est accordée, et dans deux cas limitativement prévus, l'exercice en est facilité par l'établissement d'une présomption qui renverse le fardeau de la preuve.

SECTION III

L'ASSEMBLÉE STATUE SUR TOUS LES POINTS QUI LUI SONT EXPRESSÉMENT RÉSERVÉS PAR LES STATUTS. ELLE SUPPLÉE A L'ACTION DES ADMINISTRATEURS EN TOUT CE QUI, DANS LE DOMAINE DE L'ADMINISTRATION, EXCÉDERAIT LEURS POUVOIRS.

Le législateur, dans une pensée que nous avons déjà signalée, a imposé à la société anonyme l'obligation de confier son administration à un ou plusieurs des associés.

Mandataires désignés à l'effet de diriger l'entreprise exploitée, ces administrateurs pourront, en principe, accomplir tous les actes d'administration courante, journalière, qui se rattachent au but même de la société. Des précisions sont presque impossibles en cette matière qui est bien plus de fait que de droit : il faut donner un criterium qui permette d'établir dans chaque espèce déterminée la ligne de démarcation, mais aussi se garder de vouloir fixer cette ligne une fois pour toutes.

On oppose souvent, à ce propos, les actes d'administration aux actes de disposition. Alors que l'administrateur pourrait accomplir seul les premiers, il lui faudrait une habilitation spéciale pour les seconds. Cette formule qui semble, à première vue, répartir en deux catégories très nettes les actes juridiques que peut faire l'administrateur, a le tort, quoiqu'elle soit bien réellement fondée sur la nature des choses, de manquer de la fixité qu'annonce la netteté des mots qui servent à l'exprimer.

Ce qu'il faut envisager pour déterminer la compétence de l'administrateur, c'est moins les actes considérés en eux-mêmes que considérés dans leur rapport avec l'entreprise qui constitue l'objet de la société. Peu importe que l'opération à exécuter engage définitivement ou non l'avenir, si cette opération constitue une des phases du fonctionnement normal de la société, l'administrateur peut l'accomplir. La compétence de ce dernier est donc variable suivant les circonstances. L'administrateur pourra louer les locaux nécessaires à l'exploitation, engager des employés, acheter les matières premières ou les marchandises nécessaires aux besoins de la société, revendre ces objets avant ou après leur confection, émettre et endosser des billets à ordre, des lettres de change et des chèques, accepter des lettres de change tirées sur la société, représenter celle-ci en justice, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse ; il pourra encore transiger, compromettre sur les contestations relatives à la marche de la société. L'aliénation d'un immeuble, même, lui serait permise si le but de la société était précisément d'acheter des immeubles pour les revendre. On voit combien est variable le pouvoir de l'administrateur. Quand on parle du pouvoir d'administration de ce dernier, il faut se garder de donner à cette expression un sens étroit, limitatif, laissant en dehors de sa portée les actes de disposition, mais il faut l'entendre de la faculté et de l'obligation, c'est tout un, d'accomplir les actes les plus graves de la vie juridique, à la seule condition qu'entre ces actes et le but de la société, il y ait une relation.

Ce n'est pas à dire que jamais l'administrateur ne devra en référer à l'assemblée pour demander à celle-ci une habilitation spéciale à l'effet de passer un acte. Les lisières, entre lesquelles l'administrateur peut se mouvoir, sont fort espacées dans le silence des statuts ; mais elles existent néanmoins, elles peuvent même être rapprochées l'une de l'autre, en sorte qu'à un moment donné, un heurt pourrait se produire si l'assemblée n'intervenait pas pour permettre de les franchir.

La société anonyme est un contrat réglementé, mais enfin c'est un contrat. De ce que la loi prescrit à l'assemblée des actionnaires une délégation à un ou plusieurs associés du pouvoir de gérer l'affaire sociale, il ne faut pas conclure qu'il s'agit nécessairement d'un dessaisissement complet sous la seule réserve d'une responsabilité du mandataire vis-à-vis du mandant, la société. Les statuts, qui sont comme la charte destinée à régir les rapports des différents organes de cette société, peuvent réserver certains points de l'administration à l'examen spécial de l'assemblée ; en d'autres termes, la convention des parties peut modifier la situation que les principes généraux font aux administrateurs. Pour certains actes, jugés plus graves que les autres, au lieu de cette approbation générale et en quelque sorte posthume, que l'assemblée doit donner chaque année, il est permis d'exiger une autorisation, une habilitation.

On conçoit que les restrictions apportées par les statuts au pouvoir des administrateurs peuvent être diverses ; elles ont leur source dans la volonté et

elles n'ont d'autre limite que la nécessité d'assurer un fonctionnement normal à la société anonyme. Si les statuts circonscrivent, dans des bornes trop étroites, le champ d'action des administrateurs par l'obligation trop fréquente de recourir à l'autorisation de l'assemblée, il est clair qu'il ne serait pas satisfait à la condition imposée par l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 ; la délégation de pouvoirs ne doit pas être totale, mais elle doit être suffisante pour permettre la marche de la société. Les statuts pourraient valablement exiger une autorisation spéciale à l'effet, par exemple, d'intenter une action en justice ; les administrateurs devront se conformer à cette exigence, ils seront sans qualité s'ils négligent de le faire.

Même si le pacte social ne contient aucune des réserves dont nous venons de parler, il est néanmoins certains actes pour lesquels une autorisation spéciale est nécessaire. Il y a lieu, en effet, d'appliquer ici les principes généraux du droit sur le mandat. L'administrateur est un mandataire général. Or, d'après les principes que nous venons d'invoquer, un mandat général ne confère pas à celui qui en est investi un pouvoir illimité ; disons si l'on veut que l'administrateur pourra faire tous les actes relatifs à l'administration de la société, mais à la condition de donner à cette formule le sens que nous lui avons attribué plus haut. Dans l'ensemble des actes juridiques que la société doit accomplir, il y a d'une part ceux qui sont une dépendance nécessaire de l'entreprise, ce sont les actes de pratique courante pour lesquels une délégation générale est

suffisante, d'autre part il y a de ces actes qui se présenteront plus rarement, peut-être jamais, engageant l'avenir d'une façon irrémédiable et au sujet desquels l'assemblée est en droit de s'exprimer formellement. Encore une fois, il importe de le redire, la ligne de démarcation ne peut pas être établie définitivement entre ces deux catégories d'actes ; il est, en effet, suivant les circonstances, certaines opérations qui figureront alternativement dans l'une ou l'autre de ces catégories, tout dépend de la nature de la société et du but qu'elle poursuit.

Toutefois on admet en général, que les aliénations d'immeubles, les emprunts, notamment sous forme d'émission d'obligations, les remises de dettes, les constitutions d'hypothèques n'entrent pas dans les pouvoirs des administrateurs. Un mandat spécial est nécessaire afin que ceux-ci puissent accomplir ces actes et c'est à l'assemblée ordinaire qu'il appartient de le donner. L'assemblée générale représente l'universalité des actionnaires, c'est-à-dire le propriétaire, et à ce titre elle est souveraine quant à l'administration des biens et à la gestion des affaires de la société. Aussi faut-il décider qu'elle autorisera tous les actes qui excèdent la compétence générale des administrateurs.

L'assemblée générale pourra donc habiliter l'administrateur à vendre à l'amiable ou aux enchères un immeuble appartenant à la société (1), à émettre des

---

(1) Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. II, n° 781, p. 121. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 900, p. 97. — *Journal des not.*, 1894, p. 525.

obligations, d'une façon plus générale, à contracter un emprunt, même avec affectation hypothécaire (1), à consentir une remise de dettes surtout lorsque cette dernière opération libère la société elle-même d'une autre dette (2).

Au surplus, si un administrateur avait accompli, sans prendre soin de se faire habiliter, un de ces actes qui dépassent son pouvoir, l'assemblée pourrait s'approprier par une ratification ce qui a été fait par l'administrateur au delà de son mandat (3). Conformément au droit commun, la ratification aurait pour conséquence d'obliger la société comme s'il y avait eu au préalable un mandat spécial ; c'est l'application de la vieille maxime : *Ratihabitio mandato œquiparatur* (art. 1998, al. 2, C. civ.).

Mais, quelque étendu que soit le pouvoir de l'assemblée, il ne faut pas oublier qu'il ne s'exerce souverainement que dans les choses qui concernent

---

(1) Thaller. *Traité...*, 2e édit., nº 682, p. 363. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, nº 900, p. 98. — L. Lyon-Caen. Dissertation au *Journ. des soc.*, 1880, p. 277.

Cass., 7 mai 1844. D. 51. V. 494. — Cass., 27 janvier 1868. *Journal des tribunaux de commerce*, 1870, p. 77 ; D. 69. I. 410. — Paris, 5 juillet 1877. *Journal des tribunaux de commerce*, 1877, p. 491 ; D. 77. II. 168. — Paris, 7 août 1880. S. 81. II, 93.

Contra : Ruben de Couder. *Dictionnaire de droit commercial*, vº Société anonyme, nº 307.

(2) Paris, 13 mars 1884. *Rev. des soc*, 1884, p. 359 ; *Journ. des soc.*, 1885, p. 441, et sur pourvoi Cass. req., 11 novembre 1885. *Rev. des soc.*, 1886, p. 308 ; *Journ. des soc.*, 1886, p. 145.

(3) Boistel. *Cours de droit commercial*, 4e édit., nº 319, p. 229. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. II, nº 781, p. 121. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, nº 900, p. 97. — Ruben de Couder. *Dictionnaire...*, vº Société anonyme, nº 415, p. 422.

Cass., 27 décembre 1853. S. 54. I. 435 ; D. 54. I. 145. — Cass., 28 décembre 1853. S. 54. I. 434.

l'application du contrat, il ne peut s'élever contre les statuts. En vertu de cette idée, il faut refuser à l'assemblée ordinaire le droit, soit d'empiéter sur la compétence spéciale qui appartient au conseil d'administration d'après le pacte social (1), soit d'étendre (2) cette compétence à des cas pour lesquels les statuts exigent l'assentiment de l'assemblée générale.

Si, par exemple, les statuts attribuent au conseil d'administration le choix du directeur et la fixation de ses honoraires, l'assemblée générale est sans droit pour se substituer au conseil en procédant à une désignation ou en donnant satisfaction à une demande d'augmentation de traitement (3).

Par ailleurs et à l'inverse, l'assemblée générale ne pourrait pas autoriser, d'une manière générale et illimitée, le conseil d'administration à contracter tous emprunts sans son assentiment (4) : il y aurait là un dessaisissement d'attributions qui ne peut résulter que d'une clause du pacte social.

Dans ces deux cas, il y a modification aux statuts; or l'assemblée ordinaire est souveraine pour tout ce qui concerne la marche de l'exploitation dans les conditions qui ont été arrêtées par les parties, mais elle est sans force pour introduire un changement quelconque dans ces conditions.

---

(1) Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. II, n° 782. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 900, p. 97.

(2) Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 900, p. 98.

(3) Paris, 7 août 1880. S. 81. II. 93.

(4) Paris, 26 novembre 1896. D. 98. II. 115.

SECTION IV

LA DÉLIBÉRATION QUI AUTORISE LA CONVERSION DES TITRES NOMINATIFS EN TITRES AU PORTEUR EST-ELLE DE LA COMPÉTENCE DE L'ASSEMBLÉE ORDINAIRE ?

La loi du 24 juillet 1867, dans son article 3, disposait : « Il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions, pourront, après avoir été libérés de moitié, être convertis en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale... »

La loi du 1er août 1893, revenant au système consacré par la loi du 17 juillet 1856 (art. 2) sur les sociétés en commandite par actions et par celle du 23 mai 1863 (art. 3, dernier alinéa) sur les sociétés à responsabilité limitée, est venue apporter sur ce point une modification. A l'heure actuelle, l'article 3 de la loi de 1867, modifié par la loi de 1893, est ainsi conçu : « Les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération... » Ainsi, pour les sociétés postérieures à la promulgation de la loi de 1893, la possibilité de convertir est retardée jusqu'au jour où les actions sont complètement libérées et la disposition de l'ancien article 3 (loi du 24 juillet 1867) est sans application. Mais ce système nouveau ne régit pas les sociétés anonymes, les plus nombreuses, qui ont été constituées avant 1893. L'article 7 de la loi de 1893 l'indique expressément dans une disposition qui était bien inutile, puisque, de droit commun, nos

lois n'ont pas d'effet rétroactif, à moins de la volonté contraire du législateur.

L'ancien article 3 de la loi du 24 juillet 1867 ne présente donc pas pour nous un simple intérêt de curiosité historique; d'un intérêt pratique décroissant chaque jour peut-être, mais encore considérable, il mérite l'attention minutieuse du commentateur.

Or, cette disposition a soulevé de nombreuses et graves difficultés, relatives les unes à la mise au porteur des titres non libérés, les autres à la responsabilité du non versé. Il y a entre ces deux ordres d'idées une étroite corrélation qui tient à la nature des choses et qui n'a jamais échappé au législateur commercial (1).

Cependant de ces difficultés, nous laisserons de côté les secondes, les plus pressantes peut-être, mais étrangères à notre sujet; et des premières, nous ne retiendrons que celle qui est relative à la délibération nécessaire pour autoriser la conversion.

Il résulte des dispositions de l'ancien article 3 de la loi de 1867 (al. 1er), que trois conditions sont nécessaires, pour que cette conversion des actions nominatives en actions au porteur soit possible avant leur libération complète. Il faut : 1° l'inser-

---

(1) Le législateur a toujours solutionné ces deux questions sous le même article. Voir les lois du 17 juillet 1856 (art. 2), du 23 mai 1863 (art. 3, dernier al.), du 24 juillet 1867 (art. 3).

Sur cette corrélation entre la forme du titre et la responsabilité du non versé, voir : Beudant. *De la responsabilité des souscripteurs et de leurs cessionnaires dans les sociétés par actions. Revue critique.* t. XXXIII, p. 18 et suiv.

tion aux statuts constitutifs d'une clause permettant cette opération; 2° la libération de moitié de toutes les actions; 3° une délibération spéciale de l'assemblée générale autorisant la conversion.

C'est à cette dernière exigence que nous devons nous arrêter pour donner notre sentiment sur une controverse engagée à son sujet. La dernière garantie imposée par la loi est donc la réunion d'une assemblée qui, en même temps qu'elle contrôlera l'accomplissement des deux premières conditions, jugera de l'opportunité de la mesure. L'accord est complet sur la mission de l'assemblée qui devra être réunie, mais il n'en est plus de même quand se pose la question de savoir quelles sont les conditions de constitution et par suite celles du vote de cette assemblée. C'est qu'en effet la loi de 1867 est, sur ce point, d'un mutisme absolu; elle se contente de dire que la conversion doit être autorisée par délibération de l'assemblée générale sans rien spécifier quant à la nature de cette assemblée. D'où une difficulté qui devait surgir nécessairement et dont la pratique demande la solution. Nous savons que le législateur, d'une façon formelle sinon expresse, distingue trois formations, différentes suivant l'objet des délibérations que peuvent prendre les actionnaires, trois catégories d'assemblées; à laquelle de ces catégories ressortit la délibération prescrite par l'ancien article 3 ?

Certains auteurs (1) se sont laissés impressionner

---

(1) Bédarride. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, n° 71, p. 124. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 920, p. 85. — Ruben

par cette idée que le vote affirmatif de l'assemblée a pour effet de libérer, à un moment donné, les souscripteurs et leurs cessionnaires par le versement de moitié seulement du montant des actions, et, en fait sinon en droit, de réduire ainsi d'une façon notable le capital social. Aussi ont-ils pensé qu'en réalité il y avait dans la délibération à prendre, en quelque sorte, une mise au point définitive de la constitution de la société. En conséquence ils opinent, non pas pour la réunion d'une assemblée constitutive proprement dite, la période de formation de la société est close et on ne peut songer à la rouvrir, mais pour une réunion d'actionnaires dans les mêmes conditions de garantie que celles qui ont eu à statuer sur la constitution même de la société. L'assemblée qui a la mission de délibérer sur la conversion des titres doit être constituée comme celle qui, aux termes de l'article 4 de la loi de 1867, est appelée à statuer sur l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers.

Ecartons tout d'abord une hypothèse particulière où nous tombons d'accord avec ces auteurs. La voici : il est possible que, du pacte social et des constatations par-devant notaire, il résulte que chaque actionnaire a versé la moitié du montant des actions par lui souscrites. Même alors, l'intervention d'une délibération des actionnaires est nécessaire (1);

---

de Couder. *Dictionnaire de droit commercial*, v° Société anonyme, n° 153.

(1) Bédarride. *Commentaire...*, t. I, n° 66 et suiv., p. 118 et suiv. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, n° 305, p. 250. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 922, p. 86. — Walh. *Traité théorique et pratique des*

l'ancien article 3 est impérieux à cet égard et son exigence se justifie encore à merveille ici: l'assemblée, qui doit être réunie, n'a pas simplement pour mission de vérifier l'accomplissement des deux premières conditions, à savoir l'insertion de la clause dans les statuts et le versement de moitié sur le montant de chaque action ; on se souvient qu'il lui appartient encore et surtout d'apprécier l'opportunité de la mesure. Or les motifs, qui ont incité le législateur à prescrire cette appréciation, demeurent avec toute leur force dans notre hypothèse ; seulement il nous semble que l'assemblée constitutive aurait compétence, la délibération prise dans ces conditions est celle qui présente le plus de garantie et on chercherait vainement une raison pour attendre la constitution de la société et soumettre à une assemblée spéciale la proposition tendant à autoriser la conversion (1).

Mais cette réserve faite, nous ne partageons pas le sentiment des auteurs dont nous avons précédemment exposé le système.

Et en effet, si la société fonctionne déjà depuis de longues années, il ne peut être question d'une véri-

---

titres au porteur français et étrangers, t. I, n° 495. — Rousseau. *Questions nouvelles sur les sociétés commerciales*, p. 162 et 163. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. I, n° 507, p. 336. — Ruben de Couder. *Dictionnaire...*, v° Société anonyme, n° 156.

Paris, 19 février 1885. D. 85. II. 181. — Paris, 11 août 1885. *Rev. des soc.*, 1885, p. 697. — Paris, 27 novembre 1885. *Rev. des soc.*, 1886, p. 93.

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 753, p. 619. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 922, p. 86 et 87. — *Contra :* Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. I, n° 507, p. 337.

table assemblée constitutive, on le reconnaît du reste et nous n'insistons pas. Il faut aller plus loin et repousser cette idée d'une assemblée qui, sans être à vrai dire constitutive, serait réunie suivant les prescriptions de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867. Que serait cette formation qui emprunterait à l'assemblée qui a pour mission d'approuver les apports, ses conditions de composition et de fonctionnement ? Rien d'autre en réalité que celle qui est prévue par l'article 4 ; on conserve la chose sans la qualifier de la même façon. Or, il est certain qu'une fois la période constitutive terminée, et elle l'est par l'acceptation par les administrateurs et les commissaires des fonctions qui leur sont confiées, les actionnaires ne peuvent plus prendre cette formation anormale que réalise l'assemblée constitutive. Le choix est désormais circonscrit entre l'assemblée ordinaire et l'assemblée extraordinaire.

Aussi la majorité de la doctrine (1) et la jurisprudence (2), apercevant le caractère arbitraire de la solution que nous combattons, se prononcent en faveur de la compétence de l'assemblée ordinaire, et elles en donnent deux raisons qui, au premier abord, paraissent excellentes : à savoir, la première, qu'à

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 751, p. 618. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. I, n° 488, p. 320 et suiv. — Wahl. *Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers*, t. I, n° 499, p. 342. — Dalloz. *Sup. rép.*, v° Société, n° 1053. — De Chauveron. *De l'action non libérée dans les sociétés anonymes*, th. doct., Paris, 1888, p. 181. — Voir aussi : Deloison. *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. I, n° 274, p. 333.

(2) Trib. com. Seine, 24 août 1876. Le *Droit*, n° du 7 septembre 1876.

défaut de prescriptions contraires dans la loi ou les statuts, c'est l'assemblée ordinaire qui est compétente, or l'ancien article 3 de la loi de 1867 ne précise rien sur le point qui nous occupe et, par hypothèse, les statuts sont muets ; la seconde, qu'il s'agit d'une mesure concernant l'application du contrat, et, à ce titre, rentrant dans les attributions de l'assemblée ordinaire.

A notre avis, l'argumentation n'est pas décisive, mais elle se place sur le véritable terrain de la discussion.

Quand on veut savoir quelle est l'assemblée qui doit statuer dans un cas donné, il faut consulter la nature de la résolution à prendre, envisager cette dernière en elle-même. Quel est donc le caractère de la délibération qui doit trancher la question de conversion ? Si véritablement cette mesure tend à une application pure et simple du contrat, elle ressortit à la compétence de l'assemblée ordinaire ; mais si, au contraire, elle constitue une modification au contrat primitif, il y a lieu de suivre les prescriptions concernant les assemblées générales extraordinaires (art. 31, loi du 24 juillet 1867).

Il nous paraît que la résolution à prendre non seulement a un intérêt exceptionnel de nature à justifier la convocation d'une assemblée extraordinaire (1), mais encore apporte une véritable modification aux statuts.

---

(1) Les auteurs (*vide supra*, p. 191, note 1) qui se prononcent en faveur de la compétence de l'assemblée ordinaire sentent très bien qu'iln'y a pas simplement ici une question de forme, d'ordre intérieur, qu'il s'agit d'autre chose que de l'application du contrat. L'im-

La règle des statuts, que la loi impose du reste, est que l'action est nominative et qu'elle restera telle jusqu'à complète libération, sauf si l'assemblée des actionnaires vote la conversion. La délibération qui intervient apporte donc un véritable changement aux clauses du pacte social.

Qu'on ne dise pas, comme on l'a fait, que l'insertion d'une clause qui prévoit la possibilité de la conversion donne à cette mesure le caractère d'un acte d'administration. On se heurterait à une objection décisive et que voici : supposons qu'une clause statutaire autorise une augmentation du capital, soutiendra-t-on jamais que la délibération ainsi prévue pourra en conséquence être prise par une

---

portance de la décision à prendre les contraint à reconnaître qu'en pratique la compétence de l'assemblée extraordinaire serait préférable. M. Deloison, lorsqu'il est mis dans la nécessité de formuler son opinion, hésite tout d'abord. Cependant il lui semble qu'il s'agit de la mise à exécution d'un article des statuts, et il pense qu'on peut soutenir la compétence de l'assemblée ordinaire ; puis l'auteur finit par biaiser et se rallie en pratique à l'opinion contraire (compétence de l'assemblée extraordinaire) qu'il estime plus sûre. (Voir Deloison. *Traité des sociétés...*, t. I, n° 274, p. 333.)

L'illogisme de M. Vavasseur est encore plus grand, et ici il faut citer : « Lorsque l'acte de société organisera, comme il arrive le plus souvent, des assemblées extraordinaires chargées de modifier les statuts, il sera préférable, pour éviter toute critique, de soumettre à ces assemblées la question de conversion des actions. La décision à prendre a une gravité incontestable et peut exercer une funeste influence sur la suite des affaires sociales, car ce n'est pas une simple question de forme qui est en jeu. Ici la forme va emporter le fond, puisqu'elle va permettre le dégagement des souscripteurs primitifs qui céderont leurs actions. » (Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. I, n° 488, p. 321.) Malgré cela, M. Vavasseur s'est prononcé pour la compétence de l'assemblée ordinaire. — Voir aussi : De Chauveron. *Op. cit.*, p. 181. On trouve dans cet auteur la même inconséquence.

assemblée ordinaire ? Sûrement non. Pourquoi alors donner une solution différente quand, au lieu de cette dernière clause sur la portée de laquelle aucun doute n'a jamais été émis, il s'agit de la première ? Les deux situations sont identiques, le principe à suivre doit être le même dans les deux cas. Si l'insertion de la clause qui autorise l'augmentation du capital est sans effet sur la nature de la délibération à intervenir, ce que nul ne conteste, il faut en dire autant de celle qui statue sur la conversion. Seulement dans cette dernière hypothèse, à raison des conséquences certaines que le vote affirmatif peut entraîner au point de vue de la réalisation du capital non versé, la mesure a paru au législateur d'une importance capitale, elle a été prévue et réglementée avec rigueur. Mais, est-ce cela qui doit en changer la nature ?

Concluons donc que c'est à tort que la majorité des auteurs et la jurisprudence classent la délibération, prévue par l'ancien article 3 de la loi du 24 juillet 1867, dans les attributions de l'assemblée ordinaire. Il s'agit, à vrai dire, d'une modification aux statuts et l'assemblée extraordinaire nous semble avoir seule qualité pour autoriser la conversion (1).

---

(1) En ce sens : Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, nº 305, p. 250, et dissertation au *Journ. des soc.*, 1890, p. 521 et suiv.

CHAPITRE II

Des attributions de l'assemblée générale constitutive.

L'ASSEMBLÉE CONSTITUTIVE EST UNE FORMATION ANORMALE DE LA MASSE DES ACTIONNAIRES. — SON RÔLE PRÉPONDÉRANT DANS LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES.

Les assemblées constitutives sont celles qui ont à prendre les délibérations nécessaires pour la constitution de la société ; elles vérifient la sincérité de la déclaration imposée aux fondateurs par l'article 24, alinéa 2, combiné avec l'article 1er (al. 3) de la loi du 24 juillet 1867. Elles statuent sur l'évaluation des apports en nature et la cause des avantages particuliers (art. 4 et 24, loi du 24 juillet 1867). Enfin elles pourvoient au fonctionnement de la société par la nomination du premier personnel administratif (art. 25, même loi).

Ce sont là les seules attributions qui leur sont dévolues par la loi. Quand on essaie de dégager,

pour la mettre en lumière, l'idée générale dont elles découlent comme autant de conséquences logiques, on s'aperçoit qu'il est impossible de s'attacher ici à la nature juridique de l'assemblée des actionnaires.

Le rôle de celle-ci, lorsqu'il s'agit de l'application du contrat, a sa base dans des principes de bon sens qui lui donne un caractère nécessaire, normal. L'analyse des éléments qui constituent la société anonyme, l'étude raisonnée de la structure de cette institution auraient suffi pour permettre de déterminer ce rôle; et nous avons vu qu'en présence de textes qui effleurent la question plutôt qu'ils ne la règlent, il était facile, en faisant appel aux caractères de la société anonyme, de fixer avec précision les rapports de celle-ci avec les administrateurs et avec les actionnaires dans le fonctionnement de l'institution.

Les attributions de l'assemblée constitutive ont, au contraire, un caractère de contingence. Une même pensée les inspire, et nous verrons quelle est cette pensée; mais ce qu'il faut observer, c'est que les attributions dont nous abordons l'examen ne sont pas inhérentes à la nature même de l'assemblée des actionnaires. On ne conçoit pas qu'il soit possible à une législation d'organiser une institution avec tous les caractères que l'on découvre dans la société anonyme, telle que l'ont faite nos lois commerciales, sans, en même temps, consacrer tout cet ensemble de règles qui remettent, entre les mains de la majorité, le soin d'appliquer le contrat. Mais, par contre, on peut imaginer une société anonyme, dans laquelle l'évaluation des apports en nature, notamment, ne

serait soumise à aucune approbation, ou bien le serait à une autre qu'à celle des actionnaires.

En résumé, alors que l'assemblée ordinaire est une *formation* normale de la masse des actionnaires, l'assemblée constitutive n'est plus qu'une *formation* anormale et passagère.

Toutefois les attributions de l'assemblée constitutive, dont nous entreprenons l'étude, ne sont cependant pas arbitraires; il faut, pour en comprendre la véritable portée, voir le lien qui les unit entre elles, et dans ce but rappeler en quelques mots l'économie de la loi du 24 juillet 1867 en ce qui concerne la formation de la société anonyme.

Quand, en 1867, le législateur songea à abroger l'article 37 du Code de commerce qui plaçait la société anonyme sous la tutelle de l'Etat, il aurait pu admettre, ici comme ailleurs, un système d'entière liberté. Les parties auraient été soumises aux règles ordinaires des contrats, et, sans avoir à s'inquiéter de l'accomplissement d'aucune formalité particulière, elles auraient pu, par le seul effet de leur consentement, s'associer en empruntant la forme de la société anonyme. Si ce parti a été envisagé par certains, lors de la discussion de la nouvelle loi, il faut reconnaître qu'en général il a eu peu de faveur.

La société anonyme est une société par actions, et on devait au Code de commerce, en cette matière, un essai du régime de liberté dont les résultats avaient été décevants. En effet, l'article 38 du Code de commerce conférait la faculté de diviser en actions le capital des sociétés en commandite, mais

il n'avait pas jugé à propos de soumettre la naissance de ces sociétés à la nécessité d'une autorisation préalable, ni même de réglementer la faculté ainsi accordée. L'expérience ne tarda pas à démontrer que, sous le couvert de la liberté, favorable peut-être aux spéculateurs qu'il faut toujours encourager, les agioteurs se livraient à des fraudes, à des escroqueries dangereuses pour le crédit public (1).

La liberté illimitée, accordée en 1807, avait occasionné la licence, elle était condamnée à disparaître. La condamnation se fit un peu attendre, ce n'est qu'en 1856 qu'elle intervint après une tentative infructueuse en 1838 (2). La fièvre de l'agio, qui se manifesta après le coup d'Etat de 1851, acheva de démontrer les vices du système du Code de commerce, et le Gouvernement proposa un projet de loi qui devint la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions. Cette loi, en même

---

(1) Voir sur ce point : Beudant. *Des origines et du système général de la loi du 24 juillet 1867*, dissertation à la *Revue critique*, t. XXXI, p. 404 et suiv., p. 496 et suiv.

(2) La panique provoquée par les scandales financiers était si grande à cette époque, que pour détruire les abus auxquels donnait lieu la société en commandite par actions, on pensa alors à supprimer l'usage de cette dernière. Le projet du Gouvernement était en effet rédigé en ce sens. (Voir ce projet et l'exposé des motifs de M. Barthe au *Moniteur* du 16 février 1838.) La mesure était puérile, et fort heureusement elle trouva des résistances au Parlement ; après deux mois d'examen, la commission de la Chambre déposa son rapport et un contre-projet qui consacrait la suppression de la commandite par actions au porteur, mais qui, contrairement au projet du Gouvernement, maintenait la commandite par actions nominatives. (Voir ce contre-projet et le rapport de M. Legentil, au *Moniteur*, nos des 24 et 25 avril 1838.) La clôture de la cession fut prononcée avant que tous ces travaux fussent l'objet d'une discussion, et le Parlement, retenu par d'autres soucis, oublia cette question.

temps qu'elle réprimait les fraudes et les abus auxquels avait donné lieu le régime de liberté illimitée en vigueur jusqu'à sa promulgation, s'attachait à en éviter le retour par un ensemble de mesures préventives.

Lorsqu'en 1867, on affranchit la société anonyme de la tutelle administrative, ce n'était pas que l'on fût décidé à renouveler l'expérience tentée avec la société en commandite. Le législateur conserve toujours le souci d'assurer une protection aux actionnaires et aux tiers. Le but reste le même, le moyen d'y parvenir, seul, est changé. Au système de l'intervention administrative, dangereux quelquefois (parce qu'en fait il donnait à l'Etat dans les entreprises commerciales une part de responsabilité morale), à tout le moins inefficace (1), on substitue

(1) Peut-être aussi cette suppression de l'intervention de l'autorité administrative en matière de société anonyme a-t-elle été facilitée par cette tendance à la décentralisation qui a marqué la fin du second Empire. On ne donne pas assez d'attention, selon nous, à certain passage du rapport de M. Mathieu : « C'est faute d'avoir distingué nettement ce qui était d'intérêt général de ce qui n'était que d'intérêt privé, que la *centralisation moderne*, héritière trop jalouse en cela du passé, a embarrassé l'Etat d'une foule d'attributions, qui, par leur nature, appartiennent à l'individu, au département ou à la commune ; c'est par là qu'elle a compliqué outre mesure les rouages administratifs, ralenti leur action, gêné l'industrie par des formalités irritantes, et accru sans utilité réelle la responsabilité de l'Etat. *Il faut tendre à modifier cet état de choses*, et tel est, le Corps législatif le sait, l'effort constant du Gouvernement impérial. Le jour où le pouvoir se sera dégagé d'attributions parasites, qui ne tiennent pas aux intérêts généraux du pays, à l'exercice de la souveraineté même, sa force véritable s'accroîtra de tout le poids inutile qu'il aura rejeté loin de lui. » — Voir le premier rapport fait par M. Mathieu au nom de la commission : Tripier. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, 2e édit., t. I, n° 357, p. 155.

désormais le système de garantie inauguré en 1856. En dépit d'une rigueur exagérée, ce dernier système a paru fondé dans la pratique ; aussi, en proclamant la liberté des société anonymes, la loi a été amenée à étendre à ces dernières sociétés les mesures préventives et répressives qui, dès l'abord, n'avaient été prises qu'à l'encontre des sociétés en commandite par actions.

Les mesures préventives seules nous intéressent et en elles se résument les conditions auxquelles est subordonnée la constitution des sociétés anonymes. Pour obvier aux manœuvres frauduleuses les plus fréquentes, révélées par la pratique, la loi dispose que la naissance d'une société par actions est soumise à certaines conditions.

Pour que la société anonyme soit définitivement constituée, il faut, nous le rappelons :

1° La souscription intégrale du capital social (art. 1er et 24, loi du 24 juillet 1867) ;

2° Le versement du montant intégral de l'action si celle-ci est de 25 francs, du quart seulement si elle est de 100 francs et au-dessus (art. 1er, § 2, loi du 24 juillet 1867, mod. loi du 1er août 1893, et art. 24, loi du 24 juillet 1867), de 25 francs au moins s'il s'agit d'une action de plus de 25 francs et de moins de 100 francs (1) ;

---

(1) En réalité cette dernière hypothèse a échappé aux prévisions du législateur et a suscité une controverse. Nous écartons, on le voit, le système qui déclare suffisant le versement du quart (Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 2e édit., t. II, appendice n° 9, p. 9. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. I, n° 349 *bis*, p. 189), comme aussi celui qui exige la libération inté-

3° Une déclaration des fondateurs par-devant notaire, déclaration qui atteste la réalisation des deux premières conditions et qui est soumise à la vérification de la première assemblée d'actionnaires (art. 1er, al. 3, et art. 24, al. 2, loi du 24 juillet 1867) ;

4° L'approbation par l'assemblée générale, conformément à l'article 4 de la loi de 1867, des apports en nature et des avantages particuliers (art. 24, al. 1er, loi du 24 juillet 1867).

5° La nomination par l'assemblée générale des premiers mandataires de la société (administrateurs, premiers commissaires de surveillance) (art. 25, al. 1er, loi du 24 juillet 1867) et l'acceptation par ceux-ci des fonctions qui leur sont conférées ;

6° La réunion de sept actionnaires au moins (art. 23, loi du 24 juillet 1867).

---

grale. (Bouvier-Bangillon. *La législation nouvelle sur les sociétés. Loi du 1er août 1893. Commentaire théorique et pratique*, p. 64. — Faure. *La nouvelle loi sur les sociétés par actions*, p. 20.) L'un et l'autre conduisent à des résultats choquants.

L'opinion à laquelle nous nous sommes rallié, outre qu'elle est fort rationnelle, est conforme à l'intention du législateur dont nous trouvons une manifestation dans un décret du 1er décembre 1893, modifiant l'article 4 du décret du 6 février 1880, concernant la négociation en France des valeurs étrangères, décret aux termes duquel les actions des sociétés étrangères doivent, pour être admises à la cote, « être libérées de vingt-cinq francs lorsqu'elles sont inférieures à cent francs et au moins jusqu'à concurrence du quart lorsqu'elles sont supérieures à cent francs ». (Voir en notre sens : Houpin. *Gazette des tribunaux*, n° du 29 décembre 1893. — Percerou. *Des fondateurs de sociétés anonymes*, th. doct., Dijon, 1896, p. 28. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., n° 369 *bis*, p. 206 et suiv. — Ruben de Couder. *Dictionnaire de droit commercial*, supplément, v° Société en commandite, n° 34, p. 915. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, n° 695, p 553 et suiv.)

A envisager ces conditions dans leur ensemble, nous en exceptons la sixième qui est arbitraire et sans lien avec les précédentes (1), on voit apparaître clairement le rôle prépondérant de l'assemblée constitutive. On peut dire qu'il n'en est pas une dont l'accomplissement puisse avoir lieu sans l'intervention de celle-ci. L'assemblée constitutive, en effet, participe indirectement à l'accomplissement des trois premières : souscription du capital, versement légal, déclaration notariée, puisqu'elle les vérifie, et elle agit directement pour satisfaire aux deux autres : approbation des apports en nature et des avantages particuliers, nomination du premier personnel administratif.

C'est que le système de protection inauguré en 1856 pour la commandite et appliqué à la société anonyme, consiste surtout à contraindre l'actionnaire, l'intéressé, à se protéger lui-même, à lui inculquer dès l'origine cette idée qu'il est le *dominus rei,* le maître de l'affaire. Une personne majeure et capable devait avoir les coudées franches en ce qui touche la constitution des sociétés par actions, d'une société anonyme, elle devait avoir une capacité égale à celle dont elle jouit sans contestation dans

---

(1) Cette exigence de la réunion de sept actionnaires au moins ne se justifie guère. Les motifs qui en ont été donnés en 1863 (voir le rapport de M. du Miral au Corps législatif, au *Moniteur* du 29 avril 1863) et en 1867, sont d'une insuffisance manifeste. (Voir la discussion de la loi de 1867 au Corps législatif, en particulier l'amendement de M. Picard, qui demandait la suppression de cette exigence et la déclaration en sens contraire de M. Mathieu. — Tripier. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés,* 2e édit., t. II, p. 155 et 157.)

tous les actes de la vie juridique. En fait, on sait que, dans cette masse d'individus qui s'associent sous cette forme, les fondateurs seuls, c'est-à-dire une infime minorité, jouent un rôle actif dans l'organisation de l'entreprise et la rédaction des statuts. Si la loi les laissait à eux-mêmes, les souscripteurs se borneraient le plus souvent, soit indifférence, soit ignorance (1), à donner une adhésion aveugle aux statuts, une ratification sans contrôle à tous les actes accomplis. La société anonyme, dans son mode de formation, n'offrirait ainsi ni aux intéressés, ni aux tiers, les garanties des conventions ordinaires. C'est précisément le but de la loi d'essayer de rétablir cette égalité entre fondateurs et souscripteurs, en assujettissant la formation de la société anonyme à un ensemble de conditions pour l'accomplissement desquelles les souscripteurs devront donner leur participation, dans une mesure variable, mais toujours nécessaire.

Sans nous attarder à examiner ce que vaut ce système, nous étudierons chacune des attributions conférées par la loi à l'assemblée constitutive.

---

(1) Au cours de la discussion de la loi du 24 juillet 1867, on a souvent parlé des « longues oreilles » des actionnaires. Il faut reconnaître que trop souvent la conduite de ceux-ci a fourni une excuse à cette malice.

SECTION PREMIÈRE

DE LA VÉRIFICATION DE LA DÉCLARATION DES FONDATEURS

Pour assurer, autant que possible, l'accomplissement des deux premières conditions signalées plus haut, la loi du 24 juillet 1867 exige que la souscription de l'intégralité du capital social et le versement, par chaque actionnaire, de la totalité ou d'une fraction du montant des actions par lui souscrites soient constatés par une déclaration des fondateurs (1) par-devant notaire.

Quel sera le rôle du notaire ? La loi lui donne un caractère passif ; elle parle d'une déclaration à faire, l'officier ministériel doit recevoir celle-ci sans se livrer à des investigations, à un contrôle.

La genèse de cette mesure législative confirme cette manière de voir : introduite dans notre droit commercial par la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions, la déclaration notariée se présente dès l'origine avec la portée que nous lui assignons. Le projet de cette loi, présenté par le Gouvernement, imposait au notaire l'obligation de *constater* la réalisation, entre les mains du gérant, du quart au moins du capital social. Cette disposition parut inadmissible à la commission du

(1) Dans les commandites par actions, la déclaration est faite par les gérants et la vérification de sa sincérité appartient non pas à l'assemblée constitutive, mais au premier conseil de surveillance (art. 1er et 6, loi du 24 juillet 1867) sous sa responsabilité.

Corps législatif (1) ; elle exigeait en effet de la part de l'officier ministériel des recherches difficiles, sanctionnées par une responsabilité redoutable. Aussi, la commission proposa et fit décider que la souscription intégrale et le versement feraient simplement l'objet d'une déclaration du gérant pardevant notaire (art. 1er, loi du 17 juillet 1856) (2). De la loi de 1856, la disposition a passé dans la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée (3), qui étaient de véritables sociétés anonymes. On ne pouvait pas charger l'administrateur de remplir la formalité, puisque l'administration n'est pas organisée tant que la société n'est pas constituée ; aussi la loi disposait que la souscription et les versements seraient constatés par une déclaration des fondateurs. En 1867, on suit ces données, et, en conséquence, on décide que la déclaration sera faite, en ce qui concerne les sociétés anonymes, par les fondateurs de la société (art. 24, al. 2, loi du 24 juillet 1867); mais on maintient à la disposition le sens qui lui a été donné primitivement. Le rôle du notaire est donc purement et simplement celui de rédacteur (4).

---

(1) Voir le rapport de M. Langlois : Tripier. *Commentaire de la loi du 17 juillet 1856*, p. 43. — Devilleneuve et Carette. *Lois annotées*, 4e série, année 1856, p. 101, en note, 1re colonne.

(2) Voir cette loi au recueil de MM. Devilleneuve et Carette. *Lois annotées*, 4e série, année 1856, p. 98 et suiv.

(3) Voir cette loi au recueil de MM. Devilleneuve et Carette. *Lois annotées*, 1re série, année 1863, p 73 et suiv.

(4) Houpin. Dissertation au *Journ. des soc.*, 1896, p. 292. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, no 706, p. 571. – Mathieu et Bourguignat. *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, no 18. — Lyon, 14 juin 1895. *Journ. des*

Sans doute, si l'intervention de cet officier ministériel est prescrite, c'est qu'on attend de là quelque bien. Le notaire est censé connaître la loi, tout au moins il a à son usage des moyens d'information qui lui permettent d'éclairer les fondateurs sur les formalités de constitution des sociétés anonymes. Si des omissions ont été faites, si des irrégularités ont été commises, le notaire les signalera et indiquera le moyen de les réparer. En un mot, il instruira les fondateurs d'une loi qu'ils peuvent ignorer. Mais là s'arrête sa mission ; il n'a pas à s'inquiéter de savoir si les faits déclarés sont vrais ou faux, si les conditions, que les fondateurs affirment être accomplies, le sont bien en réalité. Il reçoit les déclarations qui lui sont faites, les traduit juridiquement en leur donnant la forme authentique, mais ce n'est pas à lui qu'incombe le soin de la vérification (1).

La vérification de la sincérité de la déclaration appartient à la première assemblée générale (art. 24, al. 2, loi du 24 juillet 1867). Pour lui permettre cette tâche, la loi ordonne qu'on soumette à l'assemblée, en même temps que la déclaration notariée, les pièces à l'appui. Il s'agit évidemment de ces documents, qui doivent être annexés à la déclaration, à savoir : la liste des actionnaires, l'état des verse-

---

soc., 1895, p. 499. — Trib. com. Seine, 2 janvier 1896. *Journ. des trib. com.*, 1896, p. 861 ; *Journ. des soc.*, 1896, p. 125, note de M. Houpin.

(1) Le notaire ne saurait donc être déclaré responsable des inexactitudes que peuvent renfermer les déclarations des fondateurs. (Voir les auteurs cités à la note précédente, et Trib. com. Seine, 2 janvier 1896, précité.)

ments, l'un des doubles de l'acte de société s'il est sous seing privé, une expédition s'il est notarié. Dans la pratique, à ces pièces que la loi exige seules, on en joint une autre constatant le dépôt, entre les mains d'un banquier ou d'un de nos grands établissements de crédit, de la somme versée sur les actions (1). La mission de l'assemblée est sérieuse; alors que le notaire se bornait à enregistrer les déclarations des fondateurs sans en apprécier la valeur, l'assemblée constitutive doit vérifier avec soin si véritablement les formalités ont été remplies. Contrôler la déclaration des fondateurs, ce sera tout d'abord examiner si le montant intégral du capital social a été couvert par les souscriptions et aussi s'assurer, en confrontant la liste des actionnaires avec l'état des versements effectués, que chaque souscripteur a bien réellement satisfait aux exigences législatives.

L'assemblée constitutive peut procéder à son travail au seul vu des pièces qui lui sont soumises; mais il va sans dire qu'elle a liberté entière de prendre toutes les mesures qu'elle jugerait utiles : elle pourrait désigner l'un de ses membres ou un tiers à l'effet de vérifier par lui-même la sincérité de la déclaration des fondateurs et de faire un rapport sur cette question.

Si, de son examen, l'assemblée constitutive rapporte la conviction que les formalités légales n'ont pas été observées, sans conteste, elle a le droit d'imposer le redressement soit des erreurs, soit des

(1) Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. I, nº 473, p. 402.

irrégularités : le droit de vérifier emporte celui de rectifier toutes les fois que la rectification sera possible.

En pratique, il faut le constater avec regret, l'assemblée constitutive exerce rarement son droit de contrôle d'une façon sérieuse et efficace. Dans cette attribution, que la loi considère comme une garantie de l'observation des conditions relatives à la souscription intégrale et au versement légal, les fondateurs se sont habitués à voir une pure question de forme ; les actionnaires ont une foi aveugle dans l'honnêteté des organisateurs de l'entreprise, ils ne vérifient rien, la fraude et les fausses déclarations passent inaperçues.

La vérification de la déclaration notariée par l'assemblée générale n'est donc ni sérieuse, ni efficace, et il faudrait lui donner ces deux qualités pour obtenir le résultat qu'on en attend.

Le projet de loi sur les sociétés par actions, adopté par le Sénat en 1884, tentait de remédier à cette situation en apportant deux modifications au système consacré par les articles 1er et 24 de la loi de 1867. D'une part, il facilitait aux actionnaires leur mission de vérification : la déclaration des fondateurs devait, en effet, indiquer le lieu où les sommes versées par les souscripteurs avaient été déposées (art. 3 du projet) (1). Il y avait là un moyen mis à la disposition de l'assemblée pour contrôler avec efficacité la

---

(1) Arnault. *Rapport de la commission extra-parlementaire du 14 février 1882, à l'appui d'un projet de loi sur les sociétés, suivi du projet de loi soumis au Sénat le 6 décembre 1883*, p. 41, 42 et 156.

réalité des versements obligatoires. D'autre part, si la demande en était faite par le quart des actionnaires, la sincérité de la déclaration des fondateurs était soumise à l'examen d'un ou de trois experts nommés par le président du tribunal de commerce. Le rapport des experts devait être imprimé et distribué aux actionnaires dix jours au moins avant la réunion de l'assemblée (1).

Il semble qu'on attendait beaucoup de ces innovations et c'est en quoi on s'illusionnait peut-être. Sans doute, ces vérificateurs auraient eu ce double avantage d'une aptitude incontestable, car le tribunal aurait eu un choix sans limite et d'une indépendance hors de tout soupçon vis-à-vis des fondateurs. Mais le vice du système apparaît si l'on réfléchit que l'expertise est facultative. Tout d'abord, il est possible que les actionnaires défiants ne puissent pas en se groupant réunir le quart des membres présents et leurs sollicitations n'auront pas chance d'être écoutées. N'ayant pas alors le droit d'exiger une mesure qui leur paraît indispensable, ils seront sacrifiés. Et puis, il ne faut pas oublier que, sous notre régime actuel, celui de la loi du 24 juillet 1867, les actionnaires ont le droit de s'éclairer par tous les moyens avant de donner un brevet de sincérité et d'exactitude à la déclaration des fondateurs; si l'expertise ne peut jamais être imposée par une minorité si élevée soit celle-ci, elle peut être décidée par la majorité de l'assemblée et l'expérience démontre que jamais (ce sont les praticiens qui l'affirment) la

(1) Arnault. *Op. cit.*, p. 55 et 158.

majorité n'use de cette faculté? Le quart des membres de l'assemblée, auquel le projet de 1884 accordait le droit de demander la commission d'experts, aurait-il montré moins d'indifférence? Il est permis d'en douter.

On voit que la réforme projetée en 1884, à la considérer attentivement, si elle était excellente en apparence, en réalité était loin de répondre au but à atteindre (1).

---

(1) Il est à remarquer que le projet de 1884 avait établi entre la vérification de la déclaration notariée et l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, une connexité qui se traduisait par une réglementation identique. Il édictait, en effet, les mêmes mesures, tant en ce qui concerne la vérification de la déclaration notariée, qu'en ce qui touche l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers. (Voir les art. 9 et 11 du projet et le rapport sur ces deux dispositions : Arnault. *Op. cit.*, p. 55, 60 et suiv., 158 et 159. Le texte de la commission, sur ce point, a été voté au Sénat sans aucune modification de fond.)

Aucune résolution n'a été prise en cette matière par les congrès internationaux des sociétés par actions, ni en 1889, ni en 1900. La question de la vérification de la déclaration notariée n'a même pas été discutée.

On sait que, par arrêté en date du 22 juin 1902, M. le Garde des sceaux, Ministre de la justice, a institué une commission à l'effet de préparer un projet de loi tendant à la réforme de notre législation sur les sociétés par actions. Convaincue que l'intervention du notaire pouvait être supprimée sans inconvénient appréciable, et même avec un avantage, celui de l'économie, la commission substitue à la déclaration notariée une déclaration au greffe du tribunal de commerce du lieu où la société est établie. A cette déclaration, le projet, s'inspirant d'une pratique que nous avons signalée, prescrit de joindre le reçu délivré par l'établissement dépositaire des fonds versés. Le greffier dresse acte de ces dépôts. (Voir art. 10 du projet de la commission, au *Journ. des soc.*, 1903, p. 172 et suiv., et le rapport, *loc. cit.*, p. 206.) Mais la vérification de la déclaration au greffe sera soumise à l'examen de l'assemblée constitutive, comme l'est actuellement celle de la déclaration notariée. (Voir art. 1er du projet au *Journ. des soc.*, 1903, p. 174.)

SECTION II

DE L'APPROBATION DES APPORTS EN NATURE ET DES AVANTAGES PARTICULIERS

D'ordinaire, le capital social se compose non pas seulement de valeurs en numéraire, mais aussi d'apports en nature. Il peut même arriver que ces derniers constituent la partie essentielle du fonds social ; il en est ainsi dans le cas où une exploitation (celle d'une usine par exemple) est l'objet même en vue duquel l'association s'est formée. En échange des valeurs de cette sorte, que l'associé abandonne à la société, il sera délivré des actions suivant une évaluation à fixer.

D'autre part, si tous les associés sont en principe sur le pied de l'égalité vis-à-vis les uns des autres au point de vue des profits à retirer de l'association, en fait leur situation n'est pas identique ; il en est parmi eux qui, par leur initiative, leurs démarches, leurs connaissances techniques, ont participé plus activement que les autres à la constitution et au fonctionnement de l'œuvre, il est juste que certaines préférences leur soient accordées au point de vue soit de l'amortissement de leurs actions, soit de la répartition des bénéfices ou même à ces deux points de vue à la fois. Aussi les statuts contiendront-ils toujours, au profit des personnes dont nous parlons, une stipulation d'avantages particuliers.

Si l'on réfléchit que les statuts sont l'œuvre exclusive des fondateurs, on apercevra immédiatement

l'écueil à éviter. Les fondateurs sont, en effet, les intéressés. Ce sont eux qui, maîtres d'une entreprise commerciale, titulaires personnels d'un brevet d'invention, ont l'idée, pour développer l'exploitation, de faire appel à l'association et créent une société anonyme. Ce sont eux encore qui, par leurs avances de fonds, par leurs efforts incessants, ont vaincu les difficultés de l'organisation. Dans l'acte social ils évaluent leurs apports, ils estiment leurs services, mais il est à craindre que leur qualité d'intéressés ne leur enlève la possibilité d'une appréciation exacte, tout au moins qu'elle ne soit un motif de suspicion à l'égard d'une estimation où ils sont à la fois juges et parties. Il faut prendre garde aussi que la mauvaise foi, dont on a maints exemples, trouvera ici un terrain favorable.

Si le souscripteur en numéraire exerçait lui-même un contrôle minutieux, lorsqu'on lui propose d'adhérer à la société, le danger pourrait être écarté, mais il ne le fait pas ; il accourt à la première annonce, il souscrit sans rien savoir de la société.

Et, après tout, on aurait tort d'incriminer sa conduite et de la taxer de légèreté. Le moyen, pour un souscripteur que les nécessités de l'existence retiennent peut-être loin de la situation des lieux, de contrôler l'estimation donnée à un immeuble apporté en société ? Le moyen de se rendre un compte exact des efforts des fondateurs et de la rémunération qu'ils méritent ? La difficulté est donc d'introduire la discussion, la contradiction, dans la formation de la société anonyme ; car, ici comme ailleurs, il y a une convention qui ne peut lier les parties qu'autant

qu'elle a été conclue librement et en connaissance de cause.

Dans les sociétés de personnes, chacun des associés, agissant d'une manière personnelle et individuelle, discute les conditions de l'affaire. Dans les sociétés de capitaux, une négligence, à laquelle s'ajoute souvent une impossibilité, empêche les souscripteurs de se livrer à ce contrôle individuel ; et alors toute l'économie du système consacré par le législateur de 1867 consiste à lui substituer un contrôle collectif. A défaut pour chacun des souscripteurs de pouvoir se protéger lui-même, c'est à la majorité, agissant au nom de la collectivité, qu'incombe la mission de s'occuper de cela dans les assemblées constitutives ; en sorte qu'en définitive le but reste toujours le même, à savoir : obtenir un contrat qui soit l'œuvre des intéressés, seulement ici le procédé, pour y parvenir, a été adapté aux circonstances et il est contenu à l'article 4 (loi du 24 juillet 1867) que l'article 24 (même loi) déclare applicable aux sociétés anonymes.

Aux termes de cette disposition : « Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale après une nouvelle convocation. La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages qu'après un rapport qui sera

imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée. Les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire. Les associés, qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée, n'ont pas voix délibérative. A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. L'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude. Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis. »

Aux termes de cette disposition, que l'article 24 (al. 1er) de la loi du 24 juillet 1867 déclare applicable aux sociétés anonymes, l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers nécessite la réunion de deux assemblées générales successives ; nous étudierons le rôle de ces deux assemblées, mais auparavant il nous faut dire quand ces assemblées auront à intervenir.

I. — *Dans quels cas l'assemblée constitutive doit-elle procéder à une vérification ?*

Nous avons déjà laissé entendre que l'assemblée constitutive aurait à intervenir dans deux hypothèses : la première est celle où il y a des apports en nature,

la seconde est celle où il est stipulé par les statuts au profit d'un associé un avantage particulier. Sans nous écarter de la brièveté que nous impose notre travail, il importe cependant de fournir ici quelques précisions.

Les apports en nature peuvent être d'une infinie variété et il est impossible d'en donner une énumération ; aussi la loi les caractérise-t-elle en disant d'eux que ce sont tous ceux qui ne consistent pas en numéraire (art. 4, al. 2, loi du 24 juillet 1867). Si l'on s'en tenait à la lettre de la loi, il faudrait assujettir à la nécessité d'une vérification tout apport qui serait effectué autrement qu'en bonne monnaie sonnante et trébuchante (ou en billets de banque). Mais il est certaines valeurs d'une réalisation certaine et auxquelles on ne peut refuser une assimilation avec les espèces (1), ce sont les chèques, les bons du Trésor, les coupons échus ; aussi décide-t-on généralement qu'à l'égard de ces valeurs, la mesure prescrite par l'article 4 (loi du 24 juillet 1867) ne serait pas applicable.

Les apports ne consistant pas en numéraire s'entendent donc de ces choses, autres que l'argent ou les valeurs assimilables, que leurs propriétaires cèdent à la société en formation moyennant des actions dont le montant, dans l'intention des parties, doit représenter la valeur pécuniaire. Leur objet sera un immeuble (ex : une mine, des charbon-

---

(1) Cass. 27 janvier 1873. S. 73. I. 163. — Poitiers, 24 février 1886. *Rev. des soc.*, 1886, p. 265. — Orléans, 15 février 1888. *Rev. des soc.*, 1888, p. 307.

nages) ou des meubles, des choses corporelles ou incorporelles (ex : créances, actif d'une société, fonds de commerce, marque de fabrique, brevet d'invention).

Mais c'est seulement au cas d'apport à la société que l'assemblée devra intervenir. Cette remarque a son utilité, si l'on admet, avec certains auteurs (1), la possibilité d'une vente avec la société pendant sa période de formation. Dans cette opinion, il faut alors distinguer ces deux actes, soumis à des règles différentes, puisque l'un d'entre eux seulement, l'apport et non la vente, doit être soumis à l'approbation des actionnaires. Juridiquement la difficulté n'est pas grande alors et le criterium est certain : toutes les fois que l'associé doit recevoir, comme équi-

(1) Quant à nous, il nous est impossible de concevoir qu'une société anonyme en formation puisse figurer dans un contrat de vente. Voici le motif de notre répugnance à admettre la solution contraire : jusqu'à l'accomplissement de toutes les formalités de constitution, la société n'est pas constituée, elle n'existe pas comme personne morale, dès lors, comment concevoir qu'elle puisse jouer le rôle d'acheteur, plus généralement qu'elle puisse être le sujet d'un droit ? (En notre sens, voir : Houpin *Traité...*, 3e édit., t. I, n° 498, p. 416. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. I, n° 423, p. 233. — En sens contraire, voir : Dalloz. *Sup. rép.* n° 1288.)

La jurisprudence est hésitante, sur ce point, quoi qu'on en dise. On nous oppose un jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 10 mai 1883 (*Gaz. des trib.*, 1884, p. 40) ; mais nous signalons en notre faveur deux jugements du même tribunal, en date du 12 décembre 1892 et du 27 mars 1893. (*Journ. des soc.*, 1893, p. 108, et 1894, p. 53.) De ces deux décisions, il résulte que la société ne peut acquérir et contracter qu'après sa constitution et si la seconde a été réformée en appel (Paris, 23 juillet 1894. *Gaz. des trib.*, n° du 5 août 1894 ; *Journ. des soc.*, 1895, p. 211), c'est uniquement parce que le demandeur au procès n'avait pas qualité pour exercer l'action en nullité, cela n'implique en aucune façon un désaveu de la thèse du jugement de première instance.

valent de la valeur de ce qu'il a abandonné à la société, soit des actions, soit des titres donnant droit à une quote-part des bénéfices, il y a un apport. Au contraire, si l'associé stipule en retour une somme d'argent à payer à lui-même ou à ses créanciers par la société, il y a une vente, c'est-à-dire un contrat parfait entre les parties sans aucune formalité complémentaire.

Toutefois cette règle de la vérification des apports en nature n'est pas absolue, l'article 25 (al. dernier) y apporte une dérogation « au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis ». Tous les associés étant copropriétaires de l'apport effectué, on a pensé qu'aucune exagération n'était à craindre, puisque tout le monde connaît exactement la valeur de l'apport et puisque personne n'a intérêt à la surfaire (1). Une autre considération a déterminé le législateur, elle est tirée du procédé de vérification en vigueur dans notre législation : tous les copropriétaires sont, en effet, privés du droit de vote en vertu de ce principe de bon sens que nul ne peut être à la fois juge et partie (art. 4, al. 5, loi du 24 juillet 1867). Dès lors, avec qui pourrait-on constituer l'assemblée à laquelle devraient être soumises les évaluations ? Il a paru impossible d'exiger une délibération pour cette raison très simple qu'il n'y a personne pour délibérer.

---

(1) Voir le rapport de M. Mathieu sur l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 : Tripier. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, 2e édit., t. I, p. 117 et 118.

Au premier examen, ces raisons paraissent excellentes, mais elles ne résistent pas à une réflexion attentive. Voici la situation concrétisée par un exemple : des fondateurs sont propriétaires par indivis d'un brevet d'invention et conviennent de constituer entre eux une société anonyme pour son exploitation. Nous tombons volontiers d'accord sur ce point, que, vis-à-vis les uns des autres, des complaisances de leur part ne sont pas à redouter, la tentation ne peut même pas se présenter à leur esprit ; mais le danger existe cependant vis-à-vis des tiers, vis-à-vis surtout des souscripteurs futurs qui pourront être appelés dans la suite et apporteront, peut-être au lendemain de la constitution de la société, leurs capitaux ou d'autres biens. On n'y a pas songé et l'on a eu tort, puisqu'on voulait être protectionniste à l'égard du public en matière de société par actions, de société anonyme. On aurait dû voir, pour y remédier, les inconvénients d'un système qui permet à des copropriétaires indivis d'une affaire, mauvaise quelquefois, de la mettre en société et d'émettre librement des actions représentatives de cet apport contrôlé simplement par eux, c'est-à-dire contrôlé par personne. Cela nous autorise à faire bon marché de l'impossibilité légale où l'on se trouve de procéder à une vérification des apports, à défaut d'actionnaires capables de composer une assemblée constitutive. C'est une impossibilité qui est l'œuvre du législateur et que, par suite, on est mal fondé à invoquer comme une justification.

Quoi qu'il en soit de la raison d'être de l'exception,

celle-ci nous est imposée par un texte formel auquel nous devons nous soumettre.

Précisons la portée de cette exception en nous laissant guider par les termes de la loi, comme aussi par son esprit.

Pour que l'approbation par l'assemblée soit sans aucune application, deux conditions sont nécessaires et suffisantes et elles se résument en cette proposition : il faut que la société soit formée entre ceux seulement qui sont propriétaires par indivis.

De cette proposition se dégagent les conséquences suivantes. D'une part, lorsque, à côté des actions d'apport, il existe des actions de numéraire en si petit nombre que ce soit, la vérification doit avoir lieu si ces derniers titres sont souscrits par des capitaux étrangers (1). Nous ne sommes plus dans les termes de la loi et, au surplus, les raisons qui ont motivé l'exception font ici complètement défaut : une délibération peut intervenir puisque les apporteurs en nature ne sont plus les seuls actionnaires et, par ailleurs, les souscripteurs en numéraire ont intérêt à éviter les majorations auxquelles pourraient se livrer les propriétaires par indivis. Cela dit assez que, si le capital en numéraire était souscrit, à l'exclusion de tous autres, par les fondateurs qui font les apports indivis, la règle générale reprendrait

(1) Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, n° 501, p. 419. — Pont. *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, n° 973, p. 131. — Ruben de Couder. *Dictionnaire de droit commercial*, v° Société en commandite, n° 155.

Trib. com. Seine, 24 juin 1889. *Rev. des soc.*, 1890, p. 45. — 30 juillet 1890. *Rev. des soc.*, 1891, p. 37.

son empire et dispenserait de la vérification de l'assemblée (1).

D'autre part, si le capital social se compose uniquement d'apports en nature appartenant à titre individuel à chacun des associés, sans aucune indivision entre ceux-ci, l'esprit comme la lettre de la loi ne peuvent plus être invoqués pour écarter la nécessité d'une vérification de l'assemblée (2). En effet, les titulaires des apports en nature ont alors des droits distincts, et, chacun d'eux peut, par une majoration donnée aux biens qu'il apporte en société, se créer une situation imméritée à l'égard de ses consorts. Du reste on ne trouve pas ici l'impossibilité qui atteint le système de la loi de 1867 au cas d'apport indivis, car si l'apporteur (qu'on nous passe l'expression, elle est de M. Mathieu) est privé de voix délibérative dans l'assemblée qui statue

---

(1) Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, nº 501, p. 419. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. I, nº 418, p. 230. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, nº 973, p. 131. — Ruben de Couder. *Dictionnaire...*, vº Société en commandite, nº 55. — Paris, 26 avril 1887. D. 88. II. 145. — Trib. com. Nantes, 9 octobre 1897. *Journ. des soc.*, 1898, p. 130. — Trib. com., Nantes, 11 décembre 1897. *Rev. des soc.*, 1898, p. 273 ; *Journ. des soc.*, 1898, p. 130.

(2) Beslay et Lauras. *Commentaire théorique, pratique et critique du Code de commerce. Des sociétés*, t. V, nº 413 et suiv., p. 414. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, nº 500, p. 417. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. I, nº 421, p. 231. — Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, nº 718, p. 584, et *Note* de M. Lyon-Caen sous Ile de la Réunion, 16 juin 1876. S. 77. II. 5. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. I, nº 972, p. 130. — Ruben de Couder. *Dictionnaire...*, vº Société en commandite, nº 153. — Labbé. *Note* au S. 81. I. 1. — Mathieu. Dissertation à la *Gaz. des trib.*, nºs des 5 et 6 février 1877. Trib. com. Seine, 15 octobre 1879. *Journ. des soc.*, 1880, p. 398. — 20 juillet 1886. *Journ. des soc.*, 1888, p. 374. — 9 juillet 1879. *Journ. des trib. com.*, 1879, p. 577.

sur les apports (art. 4, al. 5, loi du 24 juillet 1867), cela s'entend généralement, malgré la rédaction imprécise de la loi, de la délibération à intervenir sur son apport ; il recouvre le plein exercice de son droit de vote lorsqu'il s'agit d'apprécier les apports en nature faits par les autres associés (1). Certes, quand une société anonyme se constitue entre individus qui apportent simplement l'un son immeuble, l'autre un brevet, etc., alors que personne d'autre n'apporte de l'argent, du numéraire, l'appréciation risque de ne pas être bien sérieuse ; chacun évaluera très haut l'apport qu'il effectue et, dans la vérification, il y aura souvent des complaisances vis-à-vis les uns des autres. Mais enfin, cette vérification est possible, elle doit être faite, et on n'est pas autorisé à s'en passer sous ce prétexte qu'elle sera défectueuse.

Il y aurait lieu d'appliquer cette solution, notamment au cas où des concessions diverses ayant été faites, les concessionnaires formeraient entre eux une société anonyme dans laquelle ils réuniraient leurs concessions respectives, et aussi au cas de fusion de deux sociétés (2) et d'apport, par chacune

---

(1) Toutefois, la jurisprudence en décide autrement. Oubliant les motifs de la loi et s'attachant seulement au texte de l'article 4, alinéa 5 (loi du 24 juillet 1867), elle écarte l'apporteur du vote statuant sur l'estimation des apports faits par ses consorts, au lieu de restreindre son incapacité à la délibération qui le concerne personnellement.

(2) Nîmes, 17 juin 1885. *Journ. des soc.*, 1888, p. 137 (voir la note). — Trib. com. Seine, 23 juillet 1889. *Rev. des soc.*, 1890, p. 32; *Journ. des soc.*, 1890, p. 57. — Paris, 14 janvier 1891. *Rev. des soc.*, 1891, p. 472 ; *Journ. des soc.*, 1891, p. 152. — Paris, 20 mars 1891. *Rev. des soc.*, 1891, p. 520 ; *Journ. des soc.*, 1892, p. 78.

d'elles, de son actif à la nouvelle société. Dans ces deux situations, le fonds social n'était pas la propriété indivise de ceux entre qui la société s'est formée.

En bonne logique, on devrait même étendre cette solution à l'hypothèse de la transformation d'une société préexistante, société en nom collectif ou en commandite, en une société anonyme; ce serait une conséquence en apparence inéluctable de la personnalité des sociétés. Les actionnaires ne sont pas, en effet, les copropriétaires par indivis de l'actif de la société préexistante, actif qui constitue l'apport fait à la société nouvelle. Il y a entre eux et cet actif une personne morale qui s'interpose et réunit sur elle tous les droits, c'est la société dont ils étaient précédemment les membres; c'est elle, et non pas eux, qui a effectué l'apport. Toutefois, on admet généralement que la vérification n'est pas nécessaire (1). Nous nous rangeons à cette opinion, et comment ne pas le faire ? puisqu'il est certain que c'est beaucoup plus à cette hypothèse qu'à celle d'un apport fait par des copropriétaires restés dans l'indivision que l'on a songé en 1867 ; cela ressort nettement des travaux préparatoires et surtout du rapport de M. Mathieu (2).

A côté de l'associé qui fait un apport ne consistant pas en numéraire, la loi place, pour l'assujettir à l'accomplissement des mêmes formalités de véri-

---

(1) Lyon-Caen. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 718, p. 584. — Mathieu et Bourguignat. *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, n° 18, p. 327. — Percerou. *Des fondateurs de sociétés anonymes*, th. doct., Dijon, 1896, p. 127, note 1.

(2) Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, n° 281, p. 116.

fication, l'associé qui stipule à son profit des avantages particuliers. Une énumération ici encore est impossible, la situation que nous avons à envisager, lorsqu'elle est concrétisée par les faits, est susceptible de présenter des combinaisons multiples qu'autorisent le silence du législateur et, par suite, le principe de la liberté des conventions. On peut cependant émettre une idée générale qui servira de criterium.

Dans la société anonyme, comme du reste dans tout contrat de société, en dehors d'une clause formelle, la règle primordiale qui régit les relations des associés entre eux, est celle de l'égalité de traitement. Si l'un des associés, à raison des services qu'il a rendus à la masse en constituant la société, ou bien encore à raison d'un travail de gestion qu'il s'engage à fournir par la suite, stipule à son profit un prélèvement sur le capital social, sur les bénéfices, ou même sur les deux, il y a rupture de l'égalité, par suite un avantage dont la cause devra être soumise à l'appréciation de l'assemblée constitutive (1).

L'hypothèse la plus fréquente, qui se présentera au premier abord à l'esprit, est celle de l'attribution, aux fondateurs de la société ou à d'autres, de parts bénéficiaires (2). Mais ce n'est pas la seule ;

---

(1) Houpin. *Traité...*, 2e édit., t. I, n° 484, p. 409. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. I, n° 397 et suiv., p. 219 et suiv. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 974, p. 132. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. I, n° 410 et suiv., p. 244 et suiv.

(2) Voir ce que nous avons dit sur les parts de fondateurs, *supra :* p. 90 et suiv.

Les auteurs, qui assimilent les parts bénéficiaires aux actions et

toutes les fois qu'un associé (ou une catégorie d'associés) peut, à l'exclusion des autres, prétendre à un traitement de faveur, il y a un avantage soumis à la nécessité d'une vérification. Il s'ensuit qu'il ne saurait y avoir un avantage particulier dans une clause statutaire destinée à profiter à tous les associés (1), notamment, dans celle qui fixerait un délai de six mois dans lequel les actionnaires devront verser la moitié de leur apport, et ajouterait que ceux qui effectueront leur versement dans un délai moindre toucheront les dividendes de leurs actions tous les trois mois au lieu de les recevoir par semestre (2); comme aussi dans cette autre, qui attribuerait des parts de fondateur dans une proportion égale à tous les actionnaires, sans distinction (3). Ces deux clauses, en effet, ne créent de situation privilégiée pour aucun associé. Chacun en

---

ceux aussi qui les considèrent comme des titres d'associés *sui generis*, s'accordent à soumettre la création de ces parts à la procédure de la vérification. Mais il est curieux de voir certains partisans (Wahl. Dissertation au *Journ. des soc.*, 1897, p. 158. — Lecouturier. Dissertation à la *Rev. crit.*, 1897, p. 176.) de la théorie de la part bénéficiaire-créance se joindre aux précédents ; à notre avis, il y a là une inconséquence : si les porteurs de parts sont des créanciers, pourquoi les soumettre à une réglementation qui vise les associés ?

(1) Beslay et Lauras. *Commentaire...*, t. V, n° 403, p. 348 et suiv. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. I, n° 401, p. 220. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, n° 491, p. 412. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 978, p. 137. — Paris, 4 avril 1884. *Journ. des soc.*, 1886, p. 366. — Trib. com. Seine, 28 juillet 1884. *Journ. des soc.*, 1885, p. 363.

(2) Paris, 4 avril 1884, précité. — Trib. com. Seine, 28 juillet 1884, précité. — Beslay et Lauras. *Commentaire...*, t. V, n° 403. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 979, p. 137.

(3) Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, n° 486, p. 410.

bénéficie, ou tout au moins est appelé à en bénéficier, sans autre obligation que de satisfaire à une condition que tous peuvent accomplir et dont personne n'est exclu.

Tout autre serait, à notre avis, la portée de la clause qui allouerait aux administrateurs une portion des bénéfices (1) ou un traitement fixe (2). En vain objecterait-on, comme l'a fait la jurisprudence, qu'il n'y a là que la rémunération d'un travail fourni. Du moment que ces allocations ont pour résultat de faire échec au principe de l'égalité entre associés, il nous semble qu'il est juridique de les considérer comme des avantages soumis à vérification (3).

---

(1) Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 976, p. 135. — La jurisprudence semble se prononcer en sens contraire : Trib. com. Seine, 9 août 1882. *Gazette du Palais*, 1882, II, 463. — Trib. com. Seine, 4 avril 1887. *Rev. des soc.*, 1887, p. 356. — Trib. com. Seine, 16 mai 1887. *Journ. des soc.*, 1887, p. 206. — Voir cependant : Agen, 7 juin 1879. D. 79. II. 247. — Voir aussi : Houpin. *Note* sous tribunal de commerce de la Seine, 16 mai 1887, *loc. cit.* : M. Houpin distingue l'administrateur désigné statutairement de celui qui est nommé par l'assemblée générale. Il lui semble qu'au premier cas seulement, il y a un avantage particulier soumis à vérification.

(2) En ce sens : Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. I, n° 400, p. 220. — *Contra :* Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 976, p. 135 — Lyon, 3 décembre 1895. *Rev. des soc.*, 1896, p. 362 ; *Journ. des soc.*, 1896, p. 253.

(3) La question de savoir si telle stipulation de l'acte de société renferme ou non un avantage particulier est évidemment contentieuse. Il s'agit en réalité d'interpréter la loi, et la compétence en pareil cas appartient aux tribunaux, ici comme ailleurs. (Cass. civ., 18 décembre 1867. D. 67. I. 414 ; S. 68 I. 145.) Les auteurs insistent généralement sur cette idée. (Beslay et Lauras. *Commentaire...*, t. V, n° 411 et 412, p. 353 et suiv. — Houpin. *Traité..*, 3e édit., t. I, n° 495, p. 413. — Vavasseur. *Traité..*, 5e édit., t. I, n° 410, p. 245. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 981, p. 138. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. I, n° 402, p. 221.) Nous avons cru inutile de

II. — *Procédure de vérification. — Rôle de la première assemblée.*

Selon les expressions mêmes de la loi, la première assemblée fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. Elle entendra les propositions et les explications des fondateurs et des apporteurs en nature, les actionnaires se renseigneront, échangeront leurs impressions et détermineront les moyens de procéder à la vérification.

L'assemblée est-elle dans une liberté complète, quant au choix des mesures à prendre pour parvenir à s'éclairer ? La loi du 24 juillet 1867 ne dit rien à cet égard, elle se borne à ces expressions : l'assemblée fait apprécier.

C'est à tort qu'on (1) a essayé d'imposer à l'assemblée le choix d'une commission spécialement chargée de se livrer à un examen sérieux de la valeur des apports en nature et des services rétribués par l'attribution d'avantages particuliers. Adopter cette opinion, c'est enserrer l'assemblée dans des lisières dont on ne trouve pas la justification dans la loi et dont, au surplus, l'idée même a été repoussée par le

---

les imiter : ce n'est pas parce qu'un arrêt (Bordeaux, 20 novembre 1865. D. 67. II. 7 ; S. 66. II. 119), appuyé, il est vrai, par un auteur considérable (Rivière. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, p. 93, n° 53), a décidé le contraire, qu'il faudra discuter perpétuellement l'application évidente d'un principe incontesté.

(1) Beslay et Lauras. *Commentaire...*, t. V, n° 424, p. 363. — Beudant. Dissertation à la *Revue critique*, t. XXXVI, p. 141. — Bédarride. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, t. I, n° 100, p. 157. — Boistel. *Cours de droit commercial*, 4e édit., n° 256, p. 184.

législateur. Un incident de la discussion au Corps législatif le démontre d'une façon significative.

M. de Saint-Paul avait présenté, sur l'article 4, un amendement (1) qui consistait à remplacer le paragraphe 1er par celui-ci : « Lorsqu'un associé fait un apport, qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, *la première assemblée désigne trois personnes* prises, soit dans son sein, soit en dehors, et leur donne la mission générale d'apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés.

» Ces trois appréciateurs font un rapport. Il est signé d'eux, imprimé et tenu à la disposition de tous les actionnaires... »

On voit qu'il s'agissait d'une réglementation invariable du procédé de vérification, de tracer à l'assemblée générale, dans l'accomplissement de son rôle, une marche dont elle n'aurait pu s'écarter. M. de Saint-Paul, quoi qu'il en ait dit (2), a dû céder devant la résistance de la commission ; il n'a même pas cru devoir développer son amendement au Corps législatif et la rédaction de l'article 4 a été maintenue dans ses termes primitifs. La commission voyait dans l'amendement de M. de Saint-Paul une entrave à la liberté de l'assemblée, liberté qu'elle a voulu maintenir entière (3).

---

(1) Voir le deuxième rapport de M. Mathieu : Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, n° 575, p. 230

(2) Voir les paroles de M. de Saint-Paul au Corps législatif, séance du 31 mai 1867 : Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, n° 1599, p. 493.

(3) Voir le deuxième rapport de M. Mathieu : Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, n° 576, p. 230.

On dira que la loi prescrit la rédaction d'un rapport dans l'intervalle de la première assemblée à la seconde et que cette exigence ne peut se concevoir que comme le résultat des travaux d'une commission dont le rapport serait le compte rendu. On ajoutera encore que si l'assemblée doit *faire* apprécier la valeur de l'apport en nature et la cause des avantages, cela implique, de toute nécessité, l'impossibilité pour cette assemblée de procéder elle-même à la vérification et l'obligation de recourir tout au moins à un estimateur spécial.

A quoi nous répondrons, sur ce dernier point tout d'abord, que la loi a envisagé la conduite la plus fréquente, habituelle de l'assemblée. Dans la pratique, nous n'en disconvenons pas, c'est aux soins d'une commission que sera confié le travail de vérification. Mais la question n'est pas là ; elle est de savoir si l'assemblée, qui a entre les mains tous les éléments nécessaires pour se prononcer en connaissance de cause et se juge suffisamment éclairée, doit, malgré cela, recourir à cette mesure. Poser la question, c'est la résoudre ; il serait déraisonnable de répondre affirmativement, ce serait en même temps aller contre l'esprit certain de la loi du 24 juillet 1867, puisque nous savons qu'en cette matière, c'est du principe d'une entière liberté que le législateur s'est inspiré.

Quant au rapport, si on peut le concevoir comme le résultat des travaux d'une commission, ne peut-on pas, avec autant de raison, le considérer aussi comme une coordination des informations, des renseignements fournis à l'assemblée. L'échange de vues, qui

caractérise la première réunion, s'effectue nécessairement avec un peu de confusion. Les différents éléments d'appréciation sont jetés dans la discussion un peu au hasard et sans ordre. Rassembler ces éléments en un travail méthodique qui servira de base à la discussion à intervenir, sera souvent une besogne indispensable et cela peut être le but de la rédaction d'un rapport aussi bien que de présenter un compte rendu des investigations auxquelles se sont livrés des estimateurs spéciaux.

La première assemblée est donc entièrement libre dans le choix des mesures qu'elle croit utile de prendre, comme aussi dans celui du mode d'exécution de ces mesures. Elle pourra avoir recours à tous moyens de s'éclairer, faire procéder à la vérification par une commission dont les membres seront chargés de faire les recherches et les évaluations, ou bien nommer des experts. Commission et expertise pourraient même être employées simultanément ou bien être écartées (1).

Mais toutefois, de cette liberté d'action, il ne faut pas conclure que l'assemblée, se jugeant suffisamment éclairée par un premier examen, pourrait se dispenser d'une seconde réunion et voter séance tenante l'approbation des apports et des avantages particuliers. En vain on alléguerait la perte de temps

---

(1) En ce sens : Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. I, n° 408, p. 223. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t.I, n° 505, p. 422. — Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 709, p. 577. — Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e édit., n° 527, p. 291. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 990, p. 143. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. I, n° 405, p. 241.

et les dépenses nouvelles occasionnées par une seconde délibération désormais inutile. Le texte est formel (art. 4, loi du 24 juillet 1867) et exige deux délibérations ; il est sanctionné de nullité (art. 41, même loi), il faut s'en souvenir.

On se trompe du tout au tout quand on dit la seconde réunion de l'assemblée inutile. La loi, au contraire, attend beaucoup de cette seconde délibération ; elle attend beaucoup de cet intervalle qui doit séparer les deux réunions. Dans la constitution de la société, il y aura ainsi un temps d'arrêt, une ère de repos qui entraînera la réflexion.

Dans les sociétés anonymes, il y a comme en d'autres associations, suivant les délicieuses expressions du rapporteur, M. Mathieu, « une lune de miel dont les ardeurs peuvent être dangereuses, si elles ne sont pas contenues (1) » ; seulement, ajoutait M. Ollivier, dans la discussion au Corps législatif, « les nouveaux épousés sont protégés contre leurs entraînements par les grands-parents. La loi doit faire de même pour l'actionnaire que sans ce secours personne ne protégerait (2). » La première assemblée est trop disposée à tout accepter en aveugle pour qu'on lui permette de se prononcer sur-le-champ ; et il a paru que le moyen d'assurer à l'actionnaire la liberté de l'examen, de donner à sa résolution toute sa valeur morale, était de l'astrein-

---

(1) M. Mathieu dans son premier rapport : Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, n° 278, p. 116.

(2) Séance du 27 mai 1867 au Corps législatif : Tripier. *Commentaire...*, t. I, n° 920, p. 325.

dre à une seconde réunion, de mettre un intervalle entre l'instant où il reçoit communication des exigences des apporteurs et celui où il doit se prononcer. Au cours de cet intervalle, le temps, qui est toujours un puissant auxiliaire, calmera les entraînements inconsidérés et facilitera une saine appréciation des choses. Dans la pensée de la loi, la première assemblée a un rôle exclusivement préparatoire et il ne lui appartient pas d'approuver les apports en nature et les avantages particuliers.

Rôle de la seconde assemblée. — C'est à cette seconde assemblée qu'est attribué le rôle décisif, celui de statuer.

Mais ce n'est pas assez encore de se réunir une première fois, de prendre contact, de se concerter pour revenir ensuite, après un long temps quelquefois, émettre un vote sur une question aussi grave, puisqu'en définitive c'est de la constitution de la société qu'il s'agit ; l'assemblée ne peut statuer qu'autant qu'un rapport sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée (art. 4, al. 3, loi du 24 juillet 1867).

La loi ne précise rien, ni quant à la nomination, ni quant à la mission du rapporteur. Mais il est facile de suppléer à son silence. C'est à la première assemblée qu'incombe le soin de préparer une décision éclairée à intervenir dans la suite ; nous savons qu'à cet effet elle peut prendre toutes les mesures qu'elle juge utiles, mais il est une limite à cette liberté : un rapport doit être dressé. Or il s'agit, sans conteste, d'une mesure d'instruction et la

désignation du rapporteur apparaît, dans cet ordre d'idées, comme étant de la compétence de la première assemblée générale. En effet, la rédaction de ce rapport est une sorte de suite à la première délibération, car ce sera de deux choses l'une : ou bien le résultat d'investigations de commissaires ou d'experts chargés du soin d'un examen spécial et attentif ; ou bien, plus rarement, l'assemblée ayant procédé elle-même à cet examen, ce sera un rappel des observations échangées, en même temps qu'une coordination des renseignements fournis par les fondateurs et les apporteurs. Mais toujours, on le voit, il s'agit d'un compte rendu d'un travail de vérification fait par l'assemblée ou par ses délégués, en somme d'un acte qui, manifestement, prépare la décision. A ce titre, la nomination du rapporteur appartient à la première assemblée ; toutefois il faut remarquer que s'il était fait usage par celle-ci de son droit incontestable de désigner une commission de contrôle, cette assemblée pourrait déléguer à la commission dont il s'agit le soin de pourvoir à la nomination du rapporteur.

Le rapport est destiné uniquement à éclairer les actionnaires. Ceux-ci sont en présence d'une clause des statuts contenant l'estimation des apports et indiquant les avantages particuliers et la loi les appelle à se prononcer sur cette clause. Le rapport dont la rédaction et la communication sont prescrites, n'a pas d'autre but que de faciliter, en résumant la situation et en la précisant, la mission de l'assemblée ; c'est dire que les appréciations du rapporteur n'ont aucun caractère obligatoire,

l'assemblée instruite par la discussion statue en toute indépendance.

Trois partis peuvent se concevoir, entre lesquels l'assemblée choisira pour adopter l'un d'entre eux : ou bien l'évaluation donnée aux apports en nature est reconnue exacte, les chiffres et modes d'avantages particuliers apparaissent légitimes et l'assemblée approuve, c'est le premier parti et le plus fréquent en pratique ; ou bien, allons de suite à l'extrême, les estimations sont jugées excessives et l'assemblée refuse de les approuver. Mais entre ces deux hypothèses, qui sont comme aux deux pôles, on conçoit la possibilité d'une situation intermédiaire, d'une solution transactionnelle dans laquelle l'assemblée réduit la valeur de l'apport en nature ou retire quelque chose des avantages stipulés.

Les deux premières hypothèses sont explicitement prévues par la loi, mais le silence du législateur a fait naître sur la troisième une controverse, plus théorique que pratique il est vrai, dans laquelle cependant il nous faudra dire notre sentiment.

Exposons tout d'abord les solutions certaines.

La seconde assemblée, après avoir examiné l'évaluation donnée dans les statuts aux apports en nature et la rémunération demandée par certains associés sous forme d'avantages particuliers, juge que ces stipulations sont équitables et elle les approuve. Elle est souveraine à cet égard. Sous la réserve de l'accomplissement d'une dernière condition que nous verrons dans la suite, la société est définitivement constituée. Tous les associés sont liés désormais par cette délibération qui est une véri-

table convention synallagmatique et il n'est loisible à aucun de remettre en question la valeur des apports ou des avantages particuliers ; une action portée devant les tribunaux, à l'effet d'obtenir une sorte de réformation du travail de l'assemblée, devrait être écartée sans hésitation (1).

Néanmoins, de cette idée que la délibération de l'assemblée qui approuve est une convention, et constitue à ce titre la loi des parties, il faut tirer toutes les conséquences. Or, si les principes du droit commun s'opposent à ce que l'une des parties, en l'espèce un associé, demande aux tribunaux de la dégager d'un engagement qu'elle a librement contracté, ces mêmes principes autorisent une annulation du vote d'approbation, quand il est avéré que le consentement des associés a été vicié. Quel que soit l'acte juridique envisagé, la volonté, l'un de ses éléments essentiels, doit toujours être libre et éclairée ; si la volonté manque de l'un ou de l'autre de

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 717, p. 581. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, n° 507, p. 423. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. I, n° 411, p. 225. — Thaller. *Traité élémentaire...*, 2e édit., t. I, n° 507, p. 423. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. I, n° 412, p. 247. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 1018, p. 158. — Beudant. Dissertation à la *Revue critique*, t. XXXVI, p. 143. Cass., 10 janvier 1881. D. 81. I. 161 ; S. 81. I. 251. — Trib. com. Seine, 7 juin 1888. *Rev. des soc.*, 1888, p. 445. — Trib. com. Seine, 4 avril 1887. *Rev. des soc.*, 1887, p. 336. — Paris, 2 avril 1886. *Rev. des soc.*, 1887, p. 122. — Trib. com. Nantes, 20 juin 1885 *Rev. des soc.*, 1885, p. 609. — Cass., 19 février 1889. *Pandectes françaises périodiques*, 1889, t I, p. 479. — Paris, 2 mars 1889. *Rev. des soc.*, 1889, p. 409. — Rouen, 10 mars 1897. *Rev. des soc.*, 1898, p. 13 ; *Journ. des soc.*, 1897, p. 398. — Cass , 3 janvier 1900. *Rev. des soc.*, 1900, p. 107. — Trib. com. Seine, 9 janvier 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p 135 ; le *Droit*, n° du 30 janvier 1901.

ces caractères, l'acte juridique se forme néanmoins, mais son existence est à la discrétion de la partie violentée ou trompée qui a le droit de demander l'annulation de cet acte. Cette règle, que tout consentement surpris par erreur, dol ou violence, est inopérant, domine tout le domaine de l'activité juridique et de toute évidence elle doit recevoir son application en notre hypothèse.

La loi a cru devoir le dire en ce qui concerne le dol dans l'alinéa 7 de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867. Cette disposition était, on le voit, bien inutile. Il est clair, en effet, que si, malgré toutes les précautions prises, l'assemblée a été trompée par des manœuvres frauduleuses, elle sera en droit de revenir sur son approbation (1). Mais il en serait de même, en dépit du silence du législateur, au cas où l'assemblée a été induite en erreur, ou bien même s'il était démontré que le vote des souscripteurs d'actions de numéraire n'était pas libre (2). Il eut

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 717, p. 581. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés...*, t. I, n° 412, p. 226. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, n° 510, p. 424. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 1016, p. 158. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. I, n° 412, p. 246. — Beudant. Dissertation précitée à la *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 143. Trib. com. Seine, 20 janvier 1883. *Rev. des soc.*, 1883, p. 464. — Lyon, 2 mars 1883. *Rev. des soc.*, 1883, p. 357. — Cass., 6 juin 1885. *Journ. des soc.*, 1886, p. 309; S. 87. I. 284. — Trib. com. Seine, 4 avril 1887. *Rev. des soc.*, 1887, p. 336; la *Loi*, n° du 14 avril 1887. — Trib. com. Nantes, 28 janvier 1888. *Rec jurisp. de Nantes*, 1888, I, 81. — Trib. com. Seine, 7 juin 1888. *Rev. des soc.*, 1888, p. 445; la *Loi*, n° du 22 juin 1888. — Lyon, 14 juin 1895. *Journ. des soc.*, 1895, p. 499. — Rouen, 10 mars 1897. *Rev. des soc.*, 1898, p. 13; *Journ. des soc.*, 1897, p. 398. — Cass., 10 novembre 1897. *Journ. des soc*, 1898, p. 12.

(2) Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 717, p. 582. —

mieux valu formuler le principe d'une façon générale ou plus simplement garder un silence que tous auraient interprété dans le sens du maintien du droit commun.

Par contre, l'exagération des avantages particuliers, la majoration des apports n'autoriseraient pas l'action en rescision pour cause de lésion (1). La lésion n'est pas, dans notre droit, une cause générale de rescision des conventions ; elle ne produit cet effet qu'à l'égard de certaines personnes, les mineurs, à l'égard des majeurs elle ne peut être invoquée qu'à l'occasion de certains contrats qui sont le partage et la vente d'immeuble. Or les actionnaires, en dépit de leur conduite inconsidérée,

---

Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. I, n° 412, p. 226. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, n° 510, p. 424. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 1017, p. 158. — Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. I, n° 413, p. 247. — Beudant. Dissertation précitée à la *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 143, note 2.

Trib. com. Seine, 12 mai 1888. *Rev. des soc.*, 1888, p. 444 ; le *Droit*, n° du 1er juin 1888. — Dans cette espèce, le vote des porteurs d'actions de numéraire avait été déterminé par des promesses de remises d'actions comme rémunération du concours ainsi apporté. La délibération fut annulée.

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité..*, 3e édit., t. II, n° 717, p. 582. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés..*, t. I, n° 411, p. 225 — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, n° 510, p. 425. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 1018, p. 158. — Vavasseur. *Traité..*, 5e édit., t. I, n° 412, p. 246. — Ruben de Couder. *Dictionnaire...*, v° Société en commandite, n° 149.

Paris, 11 août 1883. *Journ. des soc.*, 1885, p. 285. — Paris, 2 avril 1886. *Journ. des soc.*, 1886, p. 717. — Trib. com Seine, 1er décembre 1886. *Journ. des soc.*, 1890, p. 61. — Trib. com. Seine, 4 avril 1887. *Rev. des soc.*, 1887, p. 336 ; la *Loi*, n° du 14 avril 1887. — Trib. com. Seine, 31 octobre 1887. *Rev. des soc.*, 1888, p. 164. — Trib. com. Seine, 7 juin 1888. *Rev. des soc.*, 1888, p. 445 ; la *Loi*, n° du 22 juin 1888. — Rouen, 10 mars 1897. *Rev. des soc.*, 1898, p. 13 ; *Journ. des soc.*, 1897, p. 398.

qui leur a valu souvent l'épithète de mineurs, ne sauraient néanmoins revendiquer les dispositions protectrices d'une situation qui n'est pas la leur ; et, d'autre part, l'apport ne peut être assimilé à une vente. La conclusion est inéluctable.

A côté de cette hypothèse d'une approbation des évaluations proposées, il en est une autre également prévue par la loi (art. 4, al. 6, loi du 24 juillet 1867), c'est celle d'un rejet pur et simple.

« A défaut d'approbation, est-il dit, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. » Il y avait un projet de convention, tout est rompu à l'égard des apporteurs et des souscripteurs. Quelle est, en effet, la situation juridique des parties avant l'assemblée ? Il y a, de part et d'autre, des engagements subordonnés à une condition, l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers. Les uns, les apporteurs, ne consentent à entrer dans la société anonyme en formation que si l'assemblée accepte leurs propositions dans les termes où ils les ont faites. Les autres, les souscripteurs, n'entendent être liés qu'autant que la base de l'association, le capital social, est bien tel qu'il était annoncé par les statuts. Si l'approbation de l'assemblée des actionnaires vient à manquer par suite d'un défaut de concordance adéquate entre la valeur des apports en nature et leur estimation statutaire, la condition ne s'est pas réalisée et cette défaillance dégage les souscripteurs et les apporteurs. Chacun reprend sa liberté et le projet de contrat s'évanouit.

Entre ces deux situations, à l'opposé l'une de l'autre : une acceptation ou un rejet pur et simple,

on en conçoit une autre intermédiaire. Les évaluations des apports en nature paraissent exagérées, les stipulations d'avantages particuliers excessives, l'idée d'une réduction se présente à l'esprit comme le moyen d'empêcher l'avortement de l'entreprise. Dans ce conflit d'intérêts entre, d'une part, les fondateurs et toutes autres personnes intéressées, et, d'autre part, les souscripteurs en numéraire, on conçoit la possibilité d'une solution transactionnelle, d'un accommodement aux termes duquel les actionnaires qui composent l'assemblée ne lieraient partie avec les apporteurs qu'autant que ceux-ci consentiraient à diminuer leurs prétentions. Serait-ce légal ?

L'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, à la première lecture, l'accord est unanime sur ce point, ne répond pas à la question. Il prévoit l'approbation et le défaut d'approbation, sans plus. Or, quand une assemblée accepte une réduction du montant des avantages particuliers et de l'évaluation des apports, il s'est produit un accord de volontés entre ceux qui ont fait des apports et les autres, une convention en d'autres termes. Mais s'agit-il là d'une approbation, c'est-à-dire d'une adhésion à une proposition dont les éléments sont fixés et qu'on ne peut pas changer ? Evidemment non.

Rétrécissons peu à peu le champ de la discussion pour préciser le point litigieux.

Il est certain que si l'accord s'établit à l'unanimité des souscripteurs, la délibération intervenue est pleinement valable ; elle présente alors tous les caractères d'une véritable convention dont la force

ne peut être mise en échec par personne. Insister ici serait inutile.

Il est reconnu par tous (1) et non moins certain, que, si l'associé qui fait l'apport en nature ou stipule l'avantage particulier refusait d'adhérer à la réduction, l'assemblée générale resterait impuissante. L'associé fait une offre, il s'oblige conditionnellement à mettre sa chose en société, mais il entend n'être engagé que dans le cas où ses évaluations seront admises; son offre disparaît si les souscripteurs en numéraire lui refusent l'approbation. L'apporteur, s'il ne veut pas subir la réduction, est libre de reprendre son apport, et il n'est nulle puissance au monde qui puisse empêcher sa retraite.

Ces deux points n'ont jamais été contestés (comment du reste en serait-il autrement ?) et là n'est pas la question.

Celle-ci est de savoir, au cas où les fondateurs, pressentant un refus de leurs propositions originaires, réduisent l'évaluation de leurs apports, s'il faut, pour que la délibération lie toutes les parties, que les actionnaires soient unanimes en faveur de ces nouvelles propositions, ou bien s'il suffit que la majorité se prononce en ce sens.

Nous ne disconvenons pas qu'il y a un danger grave à ne pas confier à la majorité le droit de modifier, d'accord avec les fondateurs et les autres

---

(1) Beslay et Lauras. *Commentaire théorique, pratique et critique du Code commerce. Des sociétés*, t. V, p. 396, n° 467. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, n° 1022, p. 160. — Deloison. *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. II, n° 330, p. 409.

intéressés, l'évaluation des apports et la portée des avantages. Une inexactitude s'est produite dans l'appréciation d'un immeuble, une importance trop considérable est attribuée par un fondateur à des services qu'il a rendus. Rectifier cela d'un accord unanime, il n'y faut pas songer pour peu que la société ait une base dans le public.

Faut-il alors jeter l'assemblée dans cette alternative sans issue, de refuser son approbation ou d'accepter purement et simplement? Est-ce bien le moyen d'arriver à cette correspondance adéquate, désirable, et que poursuit le législateur, entre la valeur réelle des apports et les titres donnés en représentation, entre l'importance des services rendus et leur rémunération? Ne serait-ce pas, bien plutôt, celui de contraindre l'assemblée à une acceptation pure et simple de propositions qui ne lui conviennent qu'à demi? Quand, dans la période de constitution de la société anonyme, on en est arrivé à cette phase de l'approbation des apports en nature, en théorie rien n'est fait encore, ou si l'on aime mieux, tout peut encore se défaire (art. 4 et 25, loi du 24 juillet 1867); mais pourtant, en pratique, il y a déjà des espérances, il y a, ce qui touchera davantage les actionnaires, des travaux accomplis, une publicité opérée, des dépenses faites. En un mot, l'entreprise est déjà lancée. Refuser l'approbation aux estimations statutaires, c'est l'anéantissement de toutes ces espérances, la perte de sommes parfois considérables ; c'est, au point de vue de l'effet moral dans le public, une véritable ruine qui atteint l'entreprise et rend impossible le plus souvent sa

réorganisation. Voilà de quoi faire hésiter bien des résolutions. Si l'assemblée ne peut pas, à la simple majorité, corriger les évaluations de concert avec les intéressés, il est à craindre qu'elle se résigne à subir les exigences des fondateurs et des apporteurs, en sorte que le but de la loi sera manqué. Tout cela est vrai; reste à savoir pourtant s'il nous est possible d'éviter ce danger.

Le droit d'amender les estimations primitives, de les modifier, ne peut être attribué à la majorité que par la volonté législative clairement manifestée. L'assemblée constitutive, nous l'avons déjà dit, est une formation anormale, exceptionnelle, et à ce titre les attributions qui lui sont conférées ne doivent pas être étendues au delà des limites qui lui ont été tracées. Si le législateur est muet sur une question, il faut conclure à l'impuissance absolue de l'assemblée constitutive, à l'impossibilité pour une majorité, si élevée soit-elle, d'enchaîner, ne fût-ce qu'un seul actionnaire, à une entreprise dont il désapprouve l'organisation.

Or, si l'on consulte les expressions mêmes de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, il est impossible d'y trouver un terme précis, allons plus loin, une simple allusion qui autoriserait une interprétation favorable au pouvoir de la majorité. Nos adversaires (1) ne font généralement pas difficulté de le

(1) Toutefois, nous en exceptons MM. Beslay et Lauras. Ces deux auteurs, partisans du pouvoir de la majorité, fondent leur opinion sur les travaux préparatoires, mais aussi sur les expressions de la loi ; ils s'expriment ainsi : « La loi déclare qu'*à défaut d'approbation*, la société est sans effet. Or, peut-on dire que l'*approbation fait*

reconnaître, mais ils se retranchent derrière les travaux préparatoires. La pensée des rédacteurs de l'article 4, disent-ils (1), a été de résoudre la question en ce sens. Deux votes successifs au Corps législatif expliquent cette disposition législative et démontrent qu'on a entendu consacrer le pouvoir de la majorité.

Le premier de ces votes est celui qui est intervenu sur l'amendement de M. Javal. M. Javal pensait que si on venait, lors de la seconde assemblée générale prévue par la loi pour la vérification des apports, à changer l'évaluation et à se mettre d'accord sur une évaluation nouvelle réduite, cet accord devait s'établir régulièrement par simple voie de majorité;

---

défaut, dans le cas où l'assemblée générale approuve les évaluations d'apports et la cause des avantages sous le bénéfice de réductions consenties par les auteurs des apports et les bénéficiaires des avantages particuliers ? L'éventualité prévue par la loi n'est pas *littéralement* remplie. La société ne sera donc sans effet que si les évaluations sont purement et simplement rejetées ; mais si les apports sont *approuvés sauf réduction*, comme on ne peut dire dans ce cas que l'approbation manque, la société est constituée. » (*Op. cit.*, t. V, p. 396, n° 468.)

Comme aisément l'on croit ce qu'on désire ! A cette explication du texte de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, nous ferons le reproche d'être bien subtile et surtout de détourner les mots du sens qu'on leur attribue communément : une approbation s'analyse toujours, à notre avis, en une *reconnaissance* de l'exactitude d'un fait, en une *adhésion* à une idée, à une proposition. Celui qui approuve un fait ne l'accomplit pas, celui qui adhère à une idée ne la crée pas ; s'il en était autrement, l'un et l'autre changeraient leur rôle qui, au point de vue psychologique, implique un état en quelque sorte passif. Aussi, pour notre part, il nous est impossible de concevoir une *approbation sous bénéfice de réductions*.

(1) Beslay et Lauras. *Commentaire...*, t. V, p. 396 et suiv., n° 468. — Deloison. *Traité...*, t. II, n° 330, p. 409. — Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, p. 582 et suiv.

mais il lui semblait, ce qui n'est pas douteux, que le texte de l'article 4 était ambigu, et il proposait l'addition des mots suivants, « à moins que les parties ne se mettent d'accord sur une évaluation différente ». L'amendement fut combattu par M. Mathieu, le rapporteur de la loi, et finalement repoussé par le Corps législatif comme « inutile et disant la même chose que l'article (1) ».

Le second vote, qui est comme la contre-épreuve du premier, rejetait une proposition de M. Marie dont l'objet précis était de faire retirer à la majorité le droit d'accepter des évaluations et des chiffres autres que ceux qui auraient été primitivement fixés par les fondateurs (2).

On conclut, avec une apparence de raison, de ces deux incidents, qu'il en résulte bien la volonté d'écarter la nécessité d'un accord unanime pour s'en tenir simplement à l'obligation de réunir, sur les propositions nouvelles des fondateurs, la majorité telle qu'elle est exigée lorsqu'il s'agit des deux partis extrêmes : approbation ou rejet pur et simple.

Tel est le seul argument qu'on invoque et auquel nous dénions toute valeur. Les discussions préparatoires de la loi du 24 juillet 1867, sur le point qui nous occupe, n'ont pas l'autorité qu'on voudrait leur donner. Elles fournissent une justification à cette idée, souvent émise et dont il faudrait se souvenir,

---

(1) Déclaration de M. Mathieu : Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, n° 1751, p. 525.

(2) Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, n° 1806, p. 538.

à savoir que les documents de ce genre offrent des armes à tous les partis et que les diverses opinions en présence y trouvent des arguments qui s'annulent réciproquement.

Seule, la lecture du procès-verbal (1) de la séance du 31 mai 1867 au Corps législatif pourrait convaincre de la justesse de cette remarque en notre espèce. Qu'il nous soit permis cependant de dire les quelques observations qui ont établi notre opinion.

Le débat a été très long, très confus, et ce n'est pas simplement une appréciation personnelle et à distance, c'est celle même d'un des orateurs, M. Javal. Au moment où le président mettait son amendement aux voix, M. Javal ne cesse de s'écrier « on n'y comprend plus rien du tout », « la discussion est complètement égarée (2) », et il avait raison.

M. Javal avait fourni à l'appui de son amendement, que nous connaissons, quelques explications très claires. Que lui répond alors M. Mathieu, le rapporteur? La phrase souvent citée : « Votre amendement est inutile puisque l'article dit la même chose ? » Pas du tout; ce n'est que plus tard qu'il donnera à sa pensée cette précision, lorsque M. Javal tentera un dernier effort. Mais sur le moment il ne trouve rien d'autre que cette réponse incompréhensible : « La commission a pensé que la disposition qu'on propose à la Chambre est inutile, car ce serait intro-

(1) Voir ce procès-verbal dans : Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, nº 1751, p. 525.

(2) Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, nº 1725, p. 522, et nº 1730, p. 523.

duire dans la loi une faculté qui évidemment est de droit commun, et qui appartient, en matière de société commanditaire, comme en toute autre, aux parties contractantes (1). » Incompréhensible, nous maintenons le mot : M. Javal était d'accord, au fond, avec M. Mathieu, sur la question de droit ; ce qui le préoccupait et déterminait son intervention, c'était la forme défectueuse donnée à la rédaction de l'article 4 (al. 6). Il entendait parler de la faculté, qui devait appartenir selon lui à une majorité de lier la minorité en votant la réduction offerte ou acceptée par les parties intéressées, c'est-à-dire, à n'en pas douter, d'une faculté présentant un caractère exceptionnel, spécial à la matière des sociétés par actions. Et M. Mathieu, sous ce prétexte que cetie faculté est de droit commun, refuse de se rallier à l'amendement de M. Javal ! Il nous est impossible de découvrir quelle était alors l'idée du rapporteur. Dans quelle autre matière que celle des sociétés par actions, a été consacrée et s'exerce la faculté dont nous parlons ? Après une semblable déclaration, la discussion risquait fort de dévier ; c'est ce qui arriva : au lieu de maintenir le débat sur la rédaction de l'article 4 (al. 6), sur la question de forme, chacun donne son mot sur le point de droit lui-même. Peut-on dire, dans ces conditions, que le vote intervenu sur l'amendement Javal soit une manifestation éclairée de la volonté du législateur ?

On ajoute, nous l'avons dit, que la portée de l'article 4 (al. 6) a été précisée encore dans la suite

(1) Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, nº 1624, p. 500.

par le vote sur la demande de renvoi à la commission formulée par M. Marie. Celui-ci, qui pensait qu'il ne saurait appartenir à la majorité de modifier les évaluations, même pour les réduire, aurait voulu qu'on présentât sous l'article 4 (al. 6) une disposition en ce sens. M. Mathieu maintint énergiquement le texte de l'article 4 tel qu'il était et s'opposa au renvoi à la commission. Le Corps législatif le suivit sur ce dernier point, il est vrai. Mais, à notre avis, il faut se garder de conclure de cet incident qu'il entrait pleinement dans les vues du rapporteur sur l'interprétation à donner à la disposition. Le texte est ambigu, quoi qu'en dise M. Mathieu, et, précisément à cause de cela, les deux opinions en présence pouvaient s'en accommoder. M. Picard qui partageait l'opinion de M. Marie l'a déclaré formellement (1) et il n'est pas sûr qu'il ait voté le renvoi, plus vraisemblablement il s'en remettait au temps du soin d'emporter l'appréciation de M. Mathieu.

Du reste, M. Marie, lorsqu'il a formulé sa demande de renvoi à la commission, en a indiqué l'objet dans des termes dont l'obscurité est manifeste ; on va en juger : « Je demande à la Chambre, disait-il, le renvoi à la commission, *afin que la commission, dans une rédaction nouvelle, dise que, lorsque l'assemblée générale aura à voter, elle ne pourra le faire, dans ce cas et pour cette situation fondamentale, qu'autant que tous les actionnaires auront été appelés ;* eux seuls, en effet, parties stipulantes au contrat, peuvent décider si, au moins à leur égard, la société

(1) Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, nº 1709, p. 518.

sera maintenue ou non. Le pouvoir purement représentatif d'une assemblée est sans force dans ce cas, car il serait sans raison (1). » Quand on place ces paroles dans le cadre de la discussion, quand on ne les isole pas de l'ensemble, on aperçoit l'idée de l'auteur : une réduction n'est possible qu'à la condition d'être acceptée par l'unanimité. Mais on avouera que les mots ont fait défaut à M. Marie pour traduire exactement sa pensée et qu'à s'en tenir à la déclaration que nous citons, on pourrait entendre celle-ci d'une tout autre façon.

Ces imprécisions de langage, cette confusion dans le débat, nous autorisent à écarter l'argument qu'on prétend tirer des discussions préparatoires. Certes, les deux opinions se sont heurtées au sein du Corps législatif, elles ont eu l'une et l'autre des champions qui les ont mises en valeur (2). Quelle a été l'issue de la lutte, à quelle thèse s'est rallié le Corps législatif ? C'est une témérité que de vouloir le dire.

Puisque nulle part, ni dans le texte de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, ni dans les discussions préparatoires, le législateur n'a exprimé une volonté formelle, c'est aux principes qu'il faut revenir pour en faire l'application à notre difficulté.

Or, quelle est, au point de vue juridique, la situa-

---

(1) Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, n° 1772, p. 529.

(2) Voir les observations de M. Duvergier, commissaire du Gouvernement, à l'appui de l'opinion de M. Mathieu et de M. Javal. — Voir en sens contraire les déclarations de MM. Fabre, Ernest Picard, Marie. (Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, p. 499 et suivantes.)

tion des parties ? La voici : les fondateurs offrent d'apporter à la société des biens corporels ou incorporels qui leur appartiennent ; ils en donnent une estimation et ils sollicitent le concours pécuniaire du public. Le futur actionnaire, quand il répond à cette invite en souscrivant une ou plusieurs actions, contracte un engagement, engagement qui eût été pur et simple si aucun apport n'était entré dans la constitution de la société anonyme ou si aucun avantage n'avait été stipulé, engagement qui, en notre espèce, est conditionnel, subordonné à une vérification préalable. Suivant que cette opération à laquelle doit procéder l'assemblée établira ou non que l'apport a la valeur qui lui a été donnée, que la cause des avantages est légitime, tout sera définitivement conclu ou abandonné. C'est l'application à une espèce du jeu des principes relatifs à la condition. De deux choses l'une : ou les apports sont approuvés, et alors, le contrat, formé sous condition et dont l'existence était jusqu'alors en suspens, est consolidé, ou bien les évaluations sont rejetées et la condition venant à manquer, les souscripteurs sont dégagés.

Tout cela est entré dans les prévisions des souscripteurs, mais il n'en est pas de même de l'hypothèse à laquelle nous sommes arrêté. Quand la majorité approuve une réduction de l'estimation des apports ou des avantages particuliers, elle change en réalité les bases du contrat, puisqu'elle modifie ainsi les éléments de la situation qui s'offrait à l'origine.

On dira : cela importe peu ; il s'agit là d'un acte

constitutionnel, mais la majorité a qualité pour accomplir les actes de cette nature. Approuver ou désapprouver purement et simplement les chiffres proposés, n'est-ce pas un acte constitutionnel au même titre que les approuver sauf réduction ; et si l'assemblée a qualité pour voter à la majorité requise l'approbation pure et simple ou le rejet, si, de ce chef, son vote lie les souscripteurs ou les dégage, peut-on lui contester le droit d'imposer aux mêmes conditions de majorité la réduction des apports et des avantages.

L'objection ne résiste pas à une analyse attentive. Le pouvoir de la majorité, dans l'assemblée générale, a sa base dans cette circonstance que, formellement par l'acte de société, ou tacitement par le fait même de leur association, les associés se sont donnés pouvoir de s'obliger respectivement par les délibérations régulièrement prises par la majorité. En d'autres termes, c'est l'idée de mandat qui sert de justification à la force obligatoire des délibérations. Or, l'étendue du mandat est limitée aux actes de pure administration lorsqu'il est conçu en termes généraux. La décision de l'assemblée qui réduirait les évaluations des apports et les avantages particuliers, n'est pas une décision de simple administration, c'est, comme on l'a dit, un acte constitutionnel, et dans cet ordre d'idées, la majorité n'a qualité pour lier la minorité qu'autant qu'elle a reçu de la loi ou des parties habilitation à cet effet. Si l'assemblée a compétence pour donner, comme aussi pour refuser, son approbation aux propositions des fondateurs et des intéressés, relatives

aux apports et aux avantages particuliers, c'est que l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 le dit d'une façon expresse. Mais la loi ne dit pas autre chose, elle est muette sur notre hypothèse. Que peut-on résoudre alors, sinon de refuser à l'assemblée le droit d'approuver après modifications et sous le bénéfice de diminutions consenties, à moins que la délibération ne soit prise à l'unanimité ?

La raison de cette différence de traitement que nous faisons à ces deux catégories de délibérations, d'une part, celles qui approuvent ou rejettent purement et simplement et, d'autre part, celles qui réduisent, est toute dans ce fait que les premières ont fait l'objet d'une disposition législative qui les autorise, ce qui manque aux secondes (1).

---

(1) Dans le sens de l'opinion que nous avons adoptée : Vavasseur. *Traité...*, 5e édit., t. I, n° 407 et suiv., p. 242 et suiv. — Percerou. *Des fondateurs de sociétés anonymes*, th. doct., Dijon, 1896, p. 121 et suiv. — Dalloz. *Répertoire*, v° Société, n° 1191.

Voir aussi le rapport fait, au nom de la commission extra-parlementaire, par M. Rodolphe Rousseau, sur le projet de loi portant modification des lois du 24 juillet 1867, du 1er août 1893 et du 9 juillet 1902 sur les sociétés par actions. (*Journ. des soc.*, 1903, p. 210.) Voici le passage saillant de ce rapport sur le point qui nous occupe : « Contrairement au vote du Sénat en 1884, la commission a décidé de ne pas autoriser la majorité de l'assemblée générale à accepter, d'accord avec l'apporteur, une réduction sur les apports. La souscription a eu lieu sur un projet et sur une évaluation d'apport arrêtés par l'apporteur. C'est sur ce projet que se forme le contrat de souscription. L'unanimité seule des souscripteurs peut le modifier. La majorité ne peut imposer à la minorité un nouveau contrat... » Et il est à noter que le projet maintient l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, tel qu'il existe actuellement, sauf une addition complètement étrangère à notre ordre d'idées. Comment alors certains de nos adversaires peuvent-ils invoquer ce texte en leur faveur ?

Contra : Beslay et Lauras. *Commentaire...*, t. V, n° 468 et suiv.,

Tel est le système de la loi du 24 juillet 1867, relatif à la vérification des apports en nature et à l'approbation des avantages particuliers ; il est d'une complication inutile et d'une insuffisance démontrée par la pratique à prévenir les abus. Malgré les précautions prises par le législateur, il arrive encore trop souvent qu'on se trouve en présence d'exagérations manifestes.

Le projet de loi adopté par le Sénat en 1884 cherchait, par plusieurs moyens, à enrayer le mal. Laissons de côté ce procédé indirect qui consistait à lier la fortune des apporteurs à celle de la société pendant deux ans, en interdisant, durant ce délai, la négociation des actions d'apport ; il sort un peu du cadre de notre étude, ce qui nous autorise à le passer sous silence, et il suffira de noter au passage que cette disposition a été votée dans la suite par les Chambres et fait partie de la loi du 1er août 1893 (article 2), qui est venue modifier la loi du 24 juillet 1867 sur quelques points.

---

p. 396 et suiv. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. I, n° 415, p. 228 et suiv. — Boistel. *Cours de droit commercial*, 4e édit., p. 186, n° 257. — Bédarride. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, t. I, n° 116 et suiv. — Houpin. *Traité...*, 3e édit., t. I, n° 509, p. 424. — Lyon-Caen et Renault. *Traité...*, 3e édit., t. II, n° 717, p. 582. — Mathieu et Bourguignat. *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, nos 46 et 48. — Ruben de Couder. *Dictionnaire de droit commercial*, v° Société en commandite, n° 145. — Projet soumis et voté au Sénat en 1884, voir : Arnault. *Rapport de la commission extra-parlementaire du 14 février 1882, à l'appui d'un projet de loi sur les sociétés, suivi du projet de loi soumis au Sénat le 6 décembre 1883*, p. 60 et suiv., p. 159. — Beudant. Dissertation à la *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 144 et suiv.

Venons immédiatement aux réformes qui mettaient en jeu le fonctionnement des assemblées constitutives. Le projet prescrivait bien, comme la loi de 1867, la vérification des apports en nature et des avantages particuliers par l'assemblée des actionnaires, mais il ajoutait « dans tous les cas, si le quart des actionnaires présents le demande, il doit être procédé à la vérification de la valeur des apports, ainsi que de la cause et de l'étendue des avantages, par un ou trois experts désignés contradictoirement avec un délégué des réclamants, par le président du tribunal de commerce du lieu du siège social » (art. 11).

Le projet établissait ainsi un parallélisme, que nous avons déjà signalé, entre la réglementation de la vérification de la déclaration notariée et celle de l'approbation des apports en nature. Aussi, ne nous arrêterons-nous pas à nouveau à noter ce que valait ce système. Les critiques que nous avons formulées plus haut sur l'expertise facultative, instituée par le projet de 1884, lorsqu'il s'agissait de vérifier la déclaration notariée, trouveraient ici leur application *mutatis mutandis ;* on pensera, comme nous, qu'il est inutile de les reproduire et qu'il suffit d'un simple renvoi.

Le remède au mal, que nous signalons, est difficile à trouver. A notre avis, il faudrait le chercher dans un système qui imposerait, en toutes hypothèses d'apport en nature ou de stipulation d'avantages, une expertise confiée à une commission mixte, composée de deux experts choisis par le tribunal et d'un troisième désigné par l'assemblée constitu-

tive (1). Comme complément à cette garantie, il faudrait, dans la publicité à organiser autour de la constitution de la société anonyme, faire place pour une note détaillée concernant les différents éléments, de nature à fixer la valeur des biens apportés à la société. Il nous semble que, de cette manière, les intérêts des actionnaires et aussi ceux du public, auquel on doit songer, seraient suffisamment protégés (2).

SECTION III

NOMINATION DU PREMIER PERSONNEL ADMINISTRATIF

Au point où nous en sommes arrivé, l'assemblée constitutive a vérifié l'accomplissement des conditions dont la réalisation s'opère en dehors d'elle et

---

(1) Percerou. *Op. cit.*, p. 138.

(2) *Cf.* : le projet de loi rédigé par la commission extra-parlementaire et portant modification des lois du 24 juillet 1867, du 1er août 1893 et du 9 juillet 1902 sur les sociétés par actions. (Voir art. 4 et 58 du projet au *Journ. des soc.*, 1903, p. 175 et p. 180, et le rapport sur ces dispositions au *Journ. des soc.*, 1903, p. 208 et suiv.) Le projet maintient le système de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, c'est-à-dire celui de la vérification par l'assemblée, avec liberté entière pour la majorité de décider ou non l'expertise ; mais il impose aux fondateurs, et ceci est une innovation, une publicité destinée à porter à la connaissance des souscripteurs en numéraire les précédents de l'entreprise et tous les détails de nature à les éclairer.

On trouvera dans la thèse de M. Percerou (p. 134 et suiv.) un résumé des différents systèmes proposés, en même temps qu'un aperçu sur les législations étrangères. (Voir les idées développées par M. Thaller dans une dissertation publiée dans la *Revue politique et parlementaire*, p. 82 et suiv., *De la réforme de la loi des sociétés par actions.*)

sur lesquelles elle n'exerce qu'un contrôle, ces conditions sont la souscription intégrale du capital, le versement légal sur chaque action, la déclaration par-devant notaire ; elle a participé d'une façon directe et exclusive à l'exécution d'une formalité : l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers.

La société anonyme est à la veille d'être constituée, mais elle ne l'est pas encore. Pour qu'elle puisse fonctionner, pour qu'elle puisse se lancer dans les opérations en vue desquelles elle a été formée, il faut qu'elle soit munie d'un personnel dirigeant, que son organisation soit complétée par la nomination des premiers administrateurs et des commissaires pour la première année (loi du 24 juillet 1867, art. 25). Cette formalité est essentielle à ce point que, malgré l'accomplissement de toutes les autres, la société anonyme n'est pas encore définitivement constituée, elle ne le sera qu'à partir de l'acceptation des administrateurs et des commissaires nommés.

Les mêmes considérations, que nous avons développées plus haut pour expliquer la subordination étroite du personnel administratif vis-à-vis de l'assemblée ordinaire, imposaient avec autant de force la compétence de l'assemblée constitutive relativement à la désignation des premiers administrateurs et des premiers commissaires. Nous nous bornons ici à un renvoi.

Toutefois cette compétence n'est pas exclusive en ce qui concerne la nomination des administrateurs. La loi (art. 25, al. 3, loi du 24 juillet 1867) admet que les statuts peuvent désigner ceux-ci, et alors

cette désignation s'impose à l'assemblée, pourvu qu'il ait été stipulé formellement qu'elle ne serait point soumise à son approbation. Cette innovation, car c'en est une (1), a été légitimée en ces termes par l'exposé des motifs : « On comprend que les fondateurs d'une société, soit qu'ils en aient conçu la pensée, soit qu'ils aient fourni la plus grande partie de l'apport social, ou même ce qui en est l'élément essentiel, ne consentent pas à se voir exclus de l'administration par un vote de l'assemblée générale. Ils peuvent avoir la volonté arrêtée d'y prendre part, non pas seulement en raison des avantages qu'offrent ordinairement les fonctions d'administrateurs, mais aussi par la conviction que seuls ils sont capables de donner l'impulsion convenable à des opérations qu'ils ont conçues, ou même encore par le désir très avouable de ne pas laisser passer en des mains étrangères l'administration d'une entreprise dont l'idée, les capitaux ou le matériel ont été presque en totalité fournis par eux. Il était juste de donner satisfaction à des prétentions aussi raisonnables... (2) »

Mais il faut noter que cette dérogation aux principes ne s'étend pas aux premiers commissaires de surveillance, et elle s'accompagne d'une limitation plus courte dans la durée des fonctions des administrateurs ainsi nommés. En effet, alors que les administrateurs désignés par la première assemblée

---

(1) Voir la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, article 1er, alinéa 4.

(2) Tripier. *Commentaire...*, 2e édit., t. I, nº 91, p. 43.

générale, comme du reste ceux qui le seront plus tard par l'assemblée ordinaire, pourront conserver leur mandat pendant six ans, cette durée est réduite à trois ans s'il s'agit d'administrateurs nommés par les statuts.

Quelle que soit leur origine, les administrateurs doivent être pris parmi les associés (art. 22, al. 1er, loi du 24 juillet 1867) et, en outre, l'article 26 (même loi) exige qu'ils soient propriétaires du nombre d'actions déterminé par les statuts (1).

Toutefois ces deux conditions ne sont pas entendues avec rigueur par la jurisprudence qui décide, d'une part, que celui qui n'était pas propriétaire d'actions au moment de sa nomination, a pu être valablement désigné s'il n'est entré en fonctions qu'après avoir acquis des actions (2), et, d'autre part, qu'il suffit, pour la régularité, à l'actionnaire désigné, d'acquérir le nombre statutaire d'actions de garantie avant le commencement de sa gestion (3).

---

(1) Que décider si les statuts sont muets ? Les uns estiment que les administrateurs désignés devraient, avant de commencer la gestion, faire compléter les statuts par l'assemblée générale, sous peine d'être personnellement responsables du préjudice éprouvé par les tiers. (Mathieu et Bourguignat. *Commentaire...*, nº 192. — Pont. *Commentaire-traité...*, t. II, nº 1626, p. 602.) D'autres pensent qu'il n'y a pas lieu à rectification des statuts et que la possession d'une seule action est suffisante. Nous adoptons ce dernier parti pour cette raison, décisive à notre sens, que rien dans la loi ne limite sur ce point la liberté des rédacteurs de statuts. Rien n'interdit aux fondateurs de se contenter d'une seule action, ce qu'ils diront dans les statuts d'une façon expresse ou tacite.

(2) Paris, 12 décembre 1889. *Rev. des soc.*, 1890, p. 180.

(3) Lyon, 2 mars 1883. *Rev. des soc.*, 1883, p. 358. — Trib. com. Seine, 16 juillet 1888. *Rev. des soc.*, 1899, p. 26 ; le *Droit*, nºs des 13 et 14 août 1888. — Paris, 12 décembre 1889. *Rev. des soc.*, 1890,

Peut-être serait-il plus juridique de considérer que le choix de l'assemblée ne peut porter que sur des personnes déjà actionnaires lors de leur nomination, sauf à elles à compléter, avant leur entrée en fonctions, le nombre d'actions dont les administrateurs doivent être propriétaires d'après les statuts.

En effet, la loi dit que la société anonyme est administrée par un ou plusieurs mandataires pris parmi les associés (art. 22, al. 1er, loi du 24 juillet 1867). Est-ce satisfaire à cette disposition que de désigner un étranger à la société en lui imposant seulement l'obligation de s'affilier à l'entreprise par l'achat d'une ou de plusieurs actions? Sûrement non.

D'ailleurs, on conçoit à merveille l'intérêt pour la société à ce que l'administration soit confiée à un actionnaire : on attend de l'administrateur cette vigilance que donne la conscience de gérer ses propres intérêts, l'actionnaire est capable, et lui seul, de répondre à cette attente; mais il faut, sous peine de rendre la garantie illusoire, que cet actionnaire soit venu à la société librement, en toute indépendance, à cette condition seulement il sera intéressé au succès de l'entreprise. Peut-on avoir la même confiance dans un tiers, qui, dans le désir d'être investi des fonctions d'administrateur d'une société anonyme et d'avoir ainsi une situation rémunérée, un gagne-pain, disons le mot, aura risqué ses der-

---

p. 79. — Paris, 3 février 1891. *Rev. des soc.*, 1891, p. 208. — Alger, 30 décembre 1890. *Journ. des soc.*, 1891, p. 280. — Trib. com. Seine, 25 juin 1894. La *Loi*, nº du 15 août 1894.

niers capitaux à l'acquisition d'une ou de plusieurs actions ?

Mais, par ailleurs, le motif qui a fait imposer aux administrateurs l'obligation de posséder le nombre d'actions déterminé par les statuts, dit assez qu'on ne saurait exiger l'accomplissement de cette condition avant l'entrée en fonctions. Puisque, en effet, cette formalité est prescrite pour la garantie de la gestion, il n'est pas nécessaire qu'elle soit accomplie au moment de la désignation aux fonctions d'administrateur, mais simplement lorsque ces fonctions commencent effectivement ; c'est alors seulement que naît la responsabilité de l'administrateur et, par la suite, la nécessité de lui demander des garanties.

La désignation des commissaires de la première année appartient exclusivement à l'assemblée constitutive à la différence de celle des premiers administrateurs.

Les actionnaires ne pourraient que difficilement entrer dans les détails de la gestion des administrateurs pour la contrôler. Cette surveillance, d'après l'économie de la loi, sera exercée par le ou les commissaires de surveillance (le nombre n'en est pas fixé). Si l'on avait permis l'insertion, dans les statuts, d'une clause imposant aux actionnaires les premiers commissaires, on aurait abouti le plus souvent à ce résultat de remettre aux premiers administrateurs le soin de désigner ceux dont la mission est précisément de les surveiller ; dans la pratique, en effet, la désignation des premiers administrateurs, contenue aux statuts avec stipulation formelle qu'elle ne sera

pas soumise à l'assemblée, est faite au profit des fondateurs eux-mêmes. C'est une imprudence que le législateur a voulu éviter.

L'assemblée constitutive a, d'ailleurs, dans son choix, la liberté la plus complète : les commissaires peuvent être pris même en dehors des associés.

CHAPITRE III

Des attributions de l'assemblée générale extraordinaire.

POSITION DE LA QUESTION

Aux assemblées générales extraordinaires il revient de prendre les mesures graves et importantes dans l'intérêt de la société : il s'agit d'apporter des modifications aux statuts, de prolonger la durée de la société, ou de prononcer sa dissolution anticipée, par exemple.

Mais quelles seront exactement les attributions de l'assemblée extraordinaire ? En apparence, la question s'offre à nous avec une grande complexité. La loi des parties c'est la convention, ce sont les statuts, et l'on conçoit que les clauses insérées peuvent être d'une infinie variété. On peut imaginer, quoique l'hypothèse soit de nature à se présenter rarement, que chacun des actionnaires ait expressément donné mandat à la majorité d'opérer toutes modifications, même celles qui porteraient sur l'objet de la société, de telle sorte que l'adhésion de l'actionnaire ne

serait qu'une mise en société de capitaux pour un objet quelconque laissé à l'arbitraire de la majorité. Cette clause générale est incontestablement valable : elle n'a pas, en effet, pour résultat de donner au consentement de l'actionnaire un objet indéterminé et d'empêcher dès lors l'existence réelle de ce consentement.

Plus généralement, les statuts contiennent une clause conçue ainsi : « L'assemblée générale, convoquée extraordinairement et réunissant la moitié au moins du capital social, peut, sur l'initiative du conseil d'administration, apporter toutes modifications aux statuts », ou de cette autre façon : « L'assemblée générale... peut... décider l'augmentation du capital social et sa réduction, la prorogation ou la dissolution anticipée de la société, la fusion ou l'alliance de la société avec d'autres sociétés constituées ou à constituer... » ; quelquefois même cette dernière formule s'ajoutera à la précédente à titre de précision qu'indiquera le mot : notamment.

Quoique l'hypothèse soit rare, si nous en jugeons par l'examen de la jurisprudence auquel nous nous sommes livré, il est possible que les statuts soient muets sur cette question.

Nous n'étendrons pas notre étude à toutes ces hypothèses ; et à vrai dire cela n'est pas nécessaire : nous allons voir comment ce domaine, qui nous semble si vaste, se rétrécit peu à peu.

Les statuts ont une influence indéniable sur les pouvoirs des assemblées générales ; le pacte social peut, en toute liberté, réglementer les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, et alors de deux

choses l'une : ou bien les statuts ont expressément prévu telles modifications pour les autoriser ou les interdire, nul doute alors que l'intention des contractants, ainsi manifestée d'une façon évidente, ne doive être respectée ; ou bien, plus souvent nous en convenons, les parties ont employé une clause vague, elles ont déclaré que l'assemblée pourra apporter aux statuts toutes modifications utiles, peut-être ont-elles ajouté à cela une énumération dont il serait difficile de dire si elle est énonciative ou limitative.

Dans cette occurence, le jurisconsulte, incertain (nous le supposons) de l'intention des parties, doit, sans conteste, recourir aux principes pour résoudre les difficultés qui vont se présenter. Si, en effet, l'assemblée extraordinaire possède *de plano* un pouvoir de modification sous certaines limites, les clauses ambiguës dont nous parlons devront être entendues largement, car elles dénoncent chez les rédacteurs du pacte social la volonté de consacrer un état de droit préexistant. Si, au contraire, en face du silence des statuts, l'assemblée générale est frappée d'une impuissance absolue, il faudra bien accorder une efficacité aux clauses insérées au pacte social, mais à la condition de le faire avec une extrême réserve ; dans le doute, c'est le *statu quo* que l'on devra maintenir, et par exemple d'une clause qui autorise une augmentation de capital on ne pourra pas conclure au pouvoir de l'assemblée d'opérer une réduction.

Si bien qu'en fin de compte, malgré la rareté de l'hypothèse en pratique, c'est au problème du pou-

voir de l'assemblée extraordinaire en dehors de toute clause qu'il faut revenir ; si ce n'est pas le problème unique, du moins domine-t-il tout le sujet et de sa solution dépend celle des difficultés accessoires que peut soulever l'interprétation des dispositions statutaires dont nous venons de parler.

Dans ce travail, nous nous bornerons à examiner et à dégager les idées générales. L'assemblée extraordinaire a-t-elle *de plano* le pouvoir de modifier les statuts ? et dans le cas d'une réponse affirmative, quelle est l'étendue de ce pouvoir de modification ? Tels sont les deux points sur lesquels vont porter nos investigations. Y a-t-il, en d'autres termes, dans l'assemblée extraordinaire une *formation* normale que peuvent toujours prendre les actionnaires ? Si oui, quel est alors le domaine dans lequel cette assemblée peut se mouvoir ?

Lorsque nous recherchions les attributions des assemblées ordinaires et celles des assemblées constitutives, nous n'avions guère qu'à préciser la pensée du législateur, ici il faut la découvrir. En effet, dans notre législation commerciale, sans cesse l'objet de remaniements en 1856, en 1863, en 1867, en 1893, on chercherait vainement un texte précis, qui puisse nous éclairer : en dehors de son article 37, relatif à une assemblée extraordinaire mais d'un caractère spécial (1), la loi du 24 juillet 1867 ne consacre à

(1) Aux termes de l'article 37 de la loi du 24 juillet 1867 : « En cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société... A défaut par les

cette matière qu'une seule disposition, l'article 31 qui s'exprime ainsi : « Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. »

Autour de ce texte, manifestement insuffisant, s'est élevée, au lendemain même du vote de la loi, une controverse dont le terme ne peut résulter que d'une intervention législative.

Une société par actions, et nous savons que le type en est constitué par la société anonyme, est un contrat de longue durée, l'entreprise en vue de laquelle elle est créée exige, pour être menée à bonnes fins, qu'il en soit ainsi. Les conditions économiques varient au cours de cette existence, elles ne sont pas, à l'heure actuelle, ce qu'elles étaient il y a seulement cinquante ans ; si l'on veut qu'une société anonyme donne tous les résultats qu'on est en droit d'attendre, il faut lui accorder un pouvoir d'adaptation aux nouveaux besoins du commerce, de l'industrie, de la finance. D'autre part, il est un principe supérieur de notre droit, c'est celui de

---

administrateurs de réunir l'assemblée générale, comme dans le cas où cette assemblée n'aurait pu se constituer régulièrement, tout intéressé peut demander la dissolution de la société devant les tribunaux. » Ceux-ci doivent alors examiner si la société peut continuer ses opérations sans danger, ou s'il convient, au contraire, de mettre un terme à une situation trop compromise.

l'immutabilité des conventions ; l'article 1134 du Code civil qui le formule vient se mettre à la traverse comme un obstacle.

De la contrariété de ce principe et des nécessités pratiques est donc née la discussion. Les uns, que les hommes d'affaires qualifieront peut-être de théoriciens, sans fermer les yeux aux réalités cependant, se sont prononcés en faveur de l'application stricte de l'article 1134 du Code civil. A part quelques dissidences, c'est l'opinion qui a dominé la doctrine et la jurisprudence pendant plus de quinze années. En conséquence, en dehors d'une clause des statuts habilitant l'assemblée à modifier le pacte social, on décidait l'impossibilité absolue de rien changer au contrat originaire.

Puis, vers 1884, la jurisprudence, qui jusqu'alors avait maintenu sans défaillance la thèse fondée sur les principes généraux de notre droit civil, s'est prononcée en faveur du pouvoir de l'assemblée générale. Les premiers arrêts, dans lesquels les tribunaux manifestaient leur nouvelle manière de voir, parlent même d'un pouvoir souverain ; les réactions, quel que soit le domaine dans lequel elles s'exercent, sont toujours violentes. Mais quand la jurisprudence eut bien affirmé le pouvoir de l'assemblée extraordinaire, elle en fixa les limites dans une théorie que l'on désigne sous le nom de *théorie des clauses accessoires et des clauses essentielles.*

La jurisprudence avait fait table rase du système restrictif ; il restait à édifier le nouveau système ; dans cette œuvre, une doctrine est venue fournir l'appoint de sa puissante coopération. M. Thaller,

après avoir essayé d'établir une théorie sur la nature juridique des sociétés par actions (1) et des assemblées d'actionnaires, s'est attaché à légitimer le nouveau principe, auquel la jurisprudence venait donner droit de cité ; puis, en appliquant sa conception originale aux différentes espèces de modifications, il a tenté une coordination des solutions données par les tribunaux.

Nous examinerons successivement ces diverses théories dans leur ordre d'apparition. Elles constituent en cette matière les phases diverses d'une évolution à laquelle n'a correspondu aucune modification à nos lois organiques sur les sociétés. Il importe de refaire le chemin parcouru, en nous arrêtant à chacune des étapes que nous allons franchir, pour donner notre appréciation. Nous terminerons en nous ralliant à la théorie basée sur l'article 1134 du Code civil, tout en faisant de cet article une application un peu différente de celle qu'on lui donne communément.

Tel sera le plan de ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE

L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE NE POSSÈDE PAS, *DE PLANO,* LE POUVOIR DE MODIFIER LES STATUTS

Pendant longtemps, à part quelques voix dissidentes (2), la doctrine fut d'accord pour n'attribuer

(1) Voir notre première partie.

(2) Mathieu et Bourguignat. *Commentaire de la loi sur les sociétés*

à l'assemblée extraordinaire qu'une mission absolument exceptionnelle, anormale, mission qui ne pouvait être conférée que par une clause spéciale des statuts.

Ce système, enseigné encore aujourd'hui par la majorité de la doctrine, se présente avec une correction incontestable au point de vue juridique. Le raisonnement, partant de cette idée que la société anonyme constitue un contrat comme tout autre, aboutit à cette conséquence qu'une majorité, si forte soit-elle, n'y eût-il qu'une seule voix discordante, est impuissante à rompre le pacte social ou à l'altérer en quoi que ce soit.

Pour adopter une autre solution, il faudrait un texte et le texte fait défaut. Une délibération est valable quand elle porte sur les objets prévus par la loi ou par les statuts, ou bien encore, lorsque portant sur des objets non prévus, elle n'a rien de contraire aux statuts. Mais si la délibération, et ce serait le cas dans une assemblée extraordinaire, a pour objet de déroger aux clauses des statuts, aux bases de l'association, la majorité quelle qu'elle soit ne peut lier la minorité. En effet, la loi du 24 juillet 1867 ne parle des assemblées extraordinaires que dans une seule disposition (1), l'article 31 dont on connaît la teneur. Or ce texte, il suffit de le relire pour s'en

---

des 24-29 juillet 1867, n° 202, p. 178. — Rivière. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, n° 230, p. 270. — De Courcy. *Les sociétés anonymes. Examen de la loi du 24 juillet 1867*, p. 122 et suivantes.

(1) On se souvient que nous avons écarté du débat l'article 37. *Vide supra*, p. 264, note 1.

rendre compte, n'apporte aucun élément à l'appui de la discussion ; il se place dans l'hypothèse où les statuts ont conféré à l'assemblée la faculté de modification, il n'a pas pour but de la lui attribuer. Et alors le législateur, en face de la clause statutaire autorisant les modifications, fixe un *quorum,* au-dessous duquel les statuts ne peuvent descendre. Ce n'est donc pas la bienveillance qui a inspiré cette disposition de l'article 31, mais bien au contraire la défiance.

Au surplus, à supposer que ce texte manque de clarté, ce que les auteurs dont nous exposons la théorie ne croient pas, il faut pour donner la solution légale faire appel au droit commun des contrats, à la maxime fondamentale de notre droit civil touchant les effets des obligations.

Or, aux termes de l'article 1134 du Code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et l'article ajoute : elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Il va sans dire qu'en faisant un contrat, les parties n'ont pas entendu s'interdire pour l'avenir la possibilité de faire un nouveau contrat qui aurait précisément pour but de défaire ce qui résulte du premier. Mais la loi exige, pour la révocation de la convention par les parties, leur consentement mutuel. Le même principe qui permet aux parties de s'unir par un lien de droit et de se dégager par un mutuel accord, s'oppose à ce que l'un des contractants s'affranchisse de son obligation, plus exactement modifie en quelque façon la convention primitive sans l'assentiment

de ses cocontractants. « Les conventions, dit M. Demolombe, ne tiendraient plus lieu de loi aux parties qui les ont faites, si chacune d'elles pouvait à son gré s'en départir (1). »

Toute convention, en dehors d'un consentement valable, a des éléments qui la caractérisent, l'individualisent, éléments que l'on peut retrouver facilement lorsqu'on cherche la cause et l'objet de la convention (art. 1108, C. civ.). Il n'est pas possible à une des volontés contractantes de se reprendre et de modifier de son seul et unique chef un de ces éléments. Cette maxime fondamentale de notre droit, à savoir qu'une convention ne peut être anéantie ou modifiée que du consentement mutuel de toutes les parties, est applicable à tous nos contrats, aux contrats de vente, de louage... et jamais on n'a mis en doute qu'elle ne le fût également à la société que la loi civile réglemente, on n'a pas fait de difficulté davantage pour l'appliquer aux sociétés commerciales par intérêts, voire même à la commandite par actions.

On prétend s'arrêter là en excipant d'une innovation introduite dans notre législation sur les sociétés anonymes par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867. A coup sûr, disent les auteurs dont nous exposons la théorie, il n'y a pas d'innovation : les termes mêmes de l'article 31 ne la laissent pas voir et on peut parcourir les travaux de la loi de 1867 sans en découvrir la moindre trace.

En résumé, modifier une clause statutaire, si

(1) Demolombe. *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 390, p. 369.

minime soit son importance, c'est altérer la convention primitive, c'est défaire sur un point ce que tous les actionnaires avaient formé au début, l'unanimité des actionnaires a seule le pouvoir d'agir ainsi et la résistance d'un seul est plus puissante que la volonté de tous ses consorts réunis. Il faut, en dehors de l'assentiment de tous, rester dans les termes du contrat ou se dissoudre.

Certes, on le reconnaît loyalement, au point de vue de la législation pure, le système prête à de graves critiques : dans la pratique, il aboutit, pour la très grande majorité des cas, à rendre impossibles les plus légers changements au pacte social, sans en excepter ceux qui n'intéressent que le régime intérieur de la société. Alors même que l'on pourrait réunir en une seule assemblée tous les actionnaires d'une société par actions, est-il possible d'espérer un accord complet des volontés ? Répondre affirmativement serait montrer une confiance injustifiée et naïve en la bonté naturelle de l'homme. Il se trouvera toujours en fait un actionnaire inintelligent ou mécontent, pour rendre inutiles les projets de la majorité.

A tout cela il n'y a pas de remède, mais il y avait une mesure préventive à prendre : l'insertion dans les statuts d'une clause spéciale autorisant les modifications votées à la majorité, insertion que les fondateurs ne négligent pas souvent. On sait, en effet, comment sont dressés dans la pratique les statuts des sociétés anonymes. Les hommes de loi y collaborent presque toujours ; le notaire dont l'intervention est nécessaire pour recevoir la déclaration des fonda-

teurs concernant la souscription intégrale du capital et le versement légal sur chaque action (art. 1er, 24, loi de 1867), n'a pas le rôle effacé que la loi lui attribue. Bien souvent c'est à lui que les fondateurs s'en remettent du soin de rédiger les statuts, et pour la rédaction de cet acte le notaire reste fidèle à l'usage du formulaire qui lui donnera sinon une connaissance approfondie, tout au moins une notion de la difficulté; il sera averti de l'écueil où peut conduire l'omission d'une clause autorisant l'assemblée à modifier les statuts. Si, malgré cet avertissement, les statuts ne confèrent pas à l'assemblée des actionnaires le pouvoir de modifier le régime initial, devant les nécessités inopinées qui peuvent se présenter, la société sera réduite à l'impuissance, les volontés ne s'accorderont pas, des froissements porteront atteinte à la prospérité de la société. C'est un mal sûrement, mais un mal dont les actionnaires ne peuvent accuser que leur imprévoyance : ils ont eu connaissance des statuts et ils les ont fait leurs par l'apposition de leur signature sur le bulletin de souscription, ils doivent les subir (1).

---

(1) Sur cette théorie, voir : Ballot. *Revue pratique de droit français*, t. VI, p. 109 et suiv. — Delangle. *Des sociétés commerciales*, t. II, p. 25. — Dalloz. *Répertoire*, v° Société, n° 1552. — Troplong. *Le droit civil expliqué ; Du contrat de société civile et commerciale*, n° 721, p. 210 et 211 ; n° 724, p. 213. — Duvergier. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code par Toullier ;* continuation (art. 1582 et suiv.) par Duvergier, n°s 286 et 287, p. 338 et suiv. — Malpeyre et Jourdain. *Traité des sociétés commerciales*, p. 226. — Pardessus. *Cours de droit commercial*, 5e édit., t. IV, p. 46 et suiv. — Pont. *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, t. II, p. 627, n° 1688. — Bonfils. *Examen doctrinal ; Jurisprudence commerciale ; Rev. crit.*, 1893, p. 406 et suiv. — Laurin. *Cours élémentaire de droit*

Le même principe, qui guide les partisans du système de l'immutabilité des statuts sociaux en dehors d'une clause conférant aux assemblées d'actionnaires le pouvoir de modification, leur fournit en même temps la règle d'interprétation à suivre en présence d'une clause de cette nature.

Envisagé dans son principe, le pouvoir de modifier les statuts conféré à l'assemblée extraordinaire, loin d'être une exception à la règle que nul ne peut être obligé sans sa volonté, est, au contraire, une application de cette règle, en ce sens que la compétence de l'assemblée dérive alors du contrat lui-même et est attribuée à la majorité par la convention. En conséquence, il faut décider que l'assemblée, loin d'être omnipotente, est sans pouvoir contre le contrat et qu'elle doit le respecter sous peine de se fourvoyer. C'est pourquoi aussi, dans l'hypothèse où les statuts permettent certaines innovations déterminées, la majorité n'est pas autorisée à se mouvoir librement en dehors du cercle tracé par les conventions sociales.

Voilà quel était l'état de la doctrine, qu'approuvent

---

commercial, p. 411, note 1. — Ruben de Couder. *Dictionnaire de droit commercial*, v° Société anonyme, n° 436. — Dalloz. *Sup. rép.*, v° Société, n°s 1691 et suiv. — L. Lyon-Caen. Dissertation au *Journ. des soc.*, 1880, p. 277 et suiv. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. II, p. 5. — Ch. Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., n° 864, p. 744 et suiv. — Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. II, n° 906, p. 103. — Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5e édit., t. II, n° 908, p. 188 et suiv. — Ch. Lyon-Caen. *Note* au S. 92. I. 561. — Labbé. *Note* au S. 81. I. 441. — *Conclusions* de M. l'avocat général Hémar dans l'affaire du Crédit mobilier au D. 75. II. 165.

encore d'excellents auteurs, lorsque la théorie libérale apparut. On peut la résumer ainsi : l'assemblée extraordinaire, dans l'hypothèse où les statuts sont muets, n'est pas une formation normale qui puisse être librement prise par les actionnaires; elle est sans pouvoir. Si le pacte social intervient pour l'habiliter expressément, il ne faut conclure qu'à un pouvoir strictement limité aux modifications indiquées; hormis cela, le principe reprend son empire.

Des raisons de méthode nous contraignent à nous borner pour l'instant à cet exposé et à réserver pour plus tard notre critique.

SECTION II

THÉORIE DE LA JURISPRUDENCE SUR LE POUVOIR DE L'ASSEMBLÉE EXTRAORDINAIRE

I

EXPOSÉ

En présence de l'obscurité de notre législation commerciale sur cette question du pouvoir des assemblées extraordinaires, la jurisprudence est appelée à jouer un rôle important; c'est à elle que revient en même temps l'obligation et le droit de fournir l'interprétation conforme aux principes. Nous écouterons les tribunaux pour discuter ensuite. Peut-être nous trouverons-nous en présence d'un corps de doctrine élaboré avec lenteur et sagesse, et

dont les manifestations nombreuses (elles le seront, étant donnée l'importance des intérêts engagés) augmenteront l'autorité.

Il est d'autant plus nécessaire de fouiller la jurisprudence avec minutie, que, lors de la discussion de la loi du 1er août 1893, portant modification de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, il a été affirmé que le sens de l'article 31 de la loi de 1867 était définitivement fixé par la jurisprudence.

Au cours de cette discussion, M. Poirrier, sénateur, pour mettre un terme à la controverse sur le pouvoir des assemblées extraordinaires, présenta un amendement qui tendait à remplacer l'article 31 de la loi de 1867 par une disposition consacrant la théorie libérale. Le rapporteur de la loi au Sénat, M. Thévenet, fit rejeter cet amendement. Il déclarait : « L'article 31 est aujourd'hui interprété par la jurisprudence de la Cour de cassation dans le sens le plus large. L'assemblée générale est souveraine, à la condition de ne pas changer l'objet de la société (1). »

De ces paroles de M. Thévenet, nous ne retenons qu'une chose qui est la suivante : si la jurisprudence consacre à l'heure actuelle la solution libérale, c'est qu'elle ne l'a pas toujours fait. Il y a une évolution qu'il nous faut décrire.

En effet, lorsqu'après avoir examiné les décisions jurisprudentielles, on essaie de procéder à un

---

(1) Compte rendu de la séance du 3 juillet 1893 au *Journal officiel*, Sénat, débats parl., S. O., 1893, p. 1028, 1re col.

classement, on s'aperçoit que les tribunaux ont été successivement dominés par deux tendances nettement opposées.

Dans une première période, la jurisprudence est complètement sous l'empire de cette idée que le contrat de société anonyme est soumis à cette règle de droit commun : les conventions légalement formées ne peuvent être modifiées que par le consentement de toutes les parties contractantes (1).

Puis, vers 1883 (2), un revirement se produit, et la jurisprudence affirme qu'à la condition de ne pas toucher aux clauses qu'elle considère comme essentielles, l'assemblée extraordinaire est investie d'un pouvoir souverain (3).

---

(1) Cass. civ., 14 février 1853. D. 53. I. 44 et sur renvoi Orléans, 20 juillet 1853. D. 54. II. 30. — Cass. civ., 17 avril 1855. D. 55. I. 213. — Angers, 26 avril 1866. D. 66. II. 198. — Paris, 1er août 1868. D. 68. II. 65. — Rouen, 8 août 1868. D. 69. II. 211. — Cass., 24 mai 1869. D. 69. I. 323. — Cass. civ., 21 juin 1881. D. 81. I. 465. — Besançon, 29 juillet 1889. S. 91. II. 107 ; D. 90. II. 331. — Paris, 6 février 1891. D. 92. II. 385. — Paris, 30 juillet 1891, confirmant jugement du tribunal de commerce de la Seine du 12 novembre 1890. *Journ. des soc.*, 1892, p. 107. — Douai, 30 décembre 1891. D. 94. I. 313 ; S. 92. II. 317. Cet arrêt a été cassé par la Chambre civile en date du 29 janvier 1894. D. 94. I. 313. — Paris, 30 novembre 1899. *Rev. des soc.*, 1901, p. 226; D. 01. II. 234.

(2) Les premières traces de cette jurisprudence se trouvent peut-être dans un arrêt de la Cour de Paris du 19 avril 1875 (D. 75. II. 161 ; S. 76. II. 213), qui est en quelque sorte un arrêt de transition. La Cour, en effet, ne dit pas expressément qu'une clause de modification des statuts est nécessaire pour apporter au pacte social des changements qui ne touchent pas aux bases essentielles de la société.

(3) Trib. com. Seine, 11 avril 1883. *Journ. des soc.*, 1884, p. 156. — Trib. com. Seine, 1er octobre 1883. *Journ. des soc.*, 1884, p. 162. — Paris, 13 mars 1884. D. 85. II. 14 ; *Rev. des soc.*, 1884, p. 359. — Paris, 24 juin 1884. *Rev. des soc.*, 1884, p. 496. — Paris, 13 janvier

Soyons plus précis, et ajoutons qu'il n'y a pas comme deux domaines séparés par une cloison complètement étanche; on trouve, en effet, postérieurement à 1883, des décisions, ce sont souvent les plus explicites, qui se rattachent à la première conception de la jurisprudence. Il serait plus vrai de dire que celle-ci a subi l'influence de deux courants d'idées opposés. Le premier s'est fait sentir seul tout d'abord dans le sens de la négation des pouvoirs de l'assemblée extraordinaire en dehors d'une clause des statuts; le second, qui a dirigé la jurisprudence vers la solution libérale, a prévalu dès sa naissance, mais il n'a pas encore réussi à annihiler le premier d'une façon complète.

Dans sa première théorie, la jurisprudence affirme à maintes reprises que l'article 1134 du Code civil domine toute la matière des sociétés, qu'il régit même la société anonyme.

La règle générale, pour toutes les sociétés, est que les statuts ne peuvent être modifiés que par l'unanimité des associés, car tous ont consenti au pacte fondamental dans la teneur qui lui avait été donnée,

---

1885. D. 85. II. 184; *Rev. des soc.*, 1885, p. 330. — Bordeaux, 25 janvier 1888. *Rev. des soc.*, 1888, p. 317. — Cass. civ., 30 mai 1892. D. 93. I. 105, avec note de M. Thaller; S. 92. I. 561, avec note de M. Lyon-Caen; *Annales de droit commercial*, 1893, p. 413. — Lyon, 30 décembre 1892. *Journ. des soc.*, 1894, p. 18. — Cass. civ., 31 octobre 1893. D. 94. I. 320; *Rev. des soc.*, 1894, p. 8. — Cass. civ., 29 janvier 1894. D. 94. I. 313; *Rev. des soc.*, 1894, p. 114. — Trib. civil de Lyon, 18 juillet 1894. *Journ. des soc.*, 1895, p. 121. — Trib. com. Nice, 26 décembre 1900. *Rev. des soc.*, 1901, p. 251; *Gazette des tribunaux*, n° du 21 février 1901. — Cass. req., 16 juillet 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 434; D. 02. I. 265. — Orléans, 9 janvier 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 437; *Journ. des soc.*, 1901, p. 356.

mais ils n'ont pas consenti et ne peuvent être obligés à autre chose sans leur consentement. La jurisprudence ajoute que cette solution n'est pas contraire à l'article 31 de la loi de 1867. Cet article qui, à coup sûr, n'habilite pas expressément les assemblées générales extraordinaires à l'effet de modifier ou de reviser les statuts, ne leur confère pas même virtuellement ce pouvoir, il se place dans l'hypothèse où, en vertu des principes généraux, les modifications aux statuts sont permises, c'est-à-dire où elles sont autorisées par une clause formelle du pacte fondamental, et alors il spécifie les conditions requises pour la validité des délibérations.

Un arrêt de la Cour de Besançon du 29 juillet 1889 (1) résume cette manière de voir dans des motifs d'une concision remarquable et dont la brièveté se prête à une citation : « Attendu, en droit, que les conventions légalement formées ne peuvent être modifiées que par le consentement de toutes les parties contractantes; que cette règle est applicable au contrat de société; que si, dans le but d'assurer le fonctionnement des sociétés, l'usage s'est introduit de conférer aux assemblées générales le droit non de faire des actes de gestion, mais même de modifier les statuts, ce pouvoir exceptionnel doit toujours être entendu dans un sens restrictif et ne peut s'exercer que dans les limites qui ont été fixées par la convention; que l'article 31 de la loi de 1867, qui n'a fait, du reste, que reproduire une disposition de la loi de 1863, n'a pas eu pour objet de définir les

(1) D. 90. II. 331 ; S. 91. II. 107.

pouvoirs de l'assemblée générale, mais bien de régler les conditions du vote, quand il s'agit de délibérations d'un caractère particulièrement grave autorisées par les statuts; que c'est donc toujours à ceux-ci qu'il faut recourir pour déterminer la compétence de l'assemblée générale, l'étendue du mandat qui lui a été conféré... (1) »

La règle générale étant l'impossibilité pour une assemblée d'actionnaires d'introduire des modifications au pacte social, il faudra pour que cette règle cesse d'être applicable une clause statutaire formelle. L'insertion d'une clause de ce genre dans les statuts équivaudra en quelque sorte à un mandat (2) donné par chacun des associés à la majorité manifestée dans les conditions de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867; et ce sont les principes de la théorie du mandat qui doivent guider dans l'interprétation de cette clause.

L'étendue de cette clause et des pouvoirs qu'elle confère est entièrement abandonnée à la volonté des parties contractantes; mais quelque illimitée que soit la faculté de confier à une majorité le pouvoir de modifier la convention originaire, ce n'est pas une raison pour qu'on soit facilement supposé avoir voulu ce qu'on pouvait faire. Aussi la jurisprudence

---

(1) Voir aussi : Paris, 19 avril 1875. D. 75. II. 161; S. 76. II. 213. — Paris, 30 juillet 1891. *Rev. des soc.*, 1892, p. 72, confirmant jugement du tribunal de commerce de la Seine du 12 novembre 1890; *Journ. des soc.*, 1892, p. 107. — Paris, 30 novembre 1899. D. 01. II. 234; *Rev. des soc.*, 1901, p. 226. — Ces arrêts sont inspirés du même esprit et donnent à l'article 31 de la loi de 1867 le sens et la portée que lui attribue l'arrêt de Besançon.

(2) Besançon, 29 juillet 1889, précité. — Paris, 19 avril 1875, précité.

décide-t-elle qu'une clause conçue dans des termes généraux, sans aucune précision (1), doit s'interpréter dans le sens d'un pouvoir des plus restreints : l'assemblée extraordinaire ne pourra se mouvoir et agir que dans le cercle des actes d'administration et de réglementation intérieure (arg. art. 1988, C. civ.) ; à plus forte raison, en présence d'une clause visant des modifications spéciales aux statuts (2), pour déterminer les cas où cette clause est applicable, il n'est pas permis de conclure de la collation d'un pouvoir à la collation d'un autre (arg. art. 1989 du Code civil).

Les décisions judiciaires posent très nettement les principes que nous venons d'exposer, il nous suffit de rappeler l'arrêt de la Cour de Besançon, dont nous avons précédemment transcrit en grande partie le dispositif, et de citer les considérants de deux arrêts de la Cour de Paris, l'un en date du 19 avril 1875 et l'autre en date du 30 novembre 1899. Ces deux arrêts disposent : le premier, « que le pouvoir de modifier les statuts étant une exception aux dispositions du contrat de société dans lequel se

---

(1) Telle serait la clause qui autoriserait l'assemblée générale, convoquée extraordinairement, à apporter aux statuts « les modifications dont l'utilité serait reconnue », « les modifications nécessaires, les modifications à faire aux statuts », ou bien encore la clause qui donnerait à l'assemblée le droit de « décider sur tous les intérêts de la société » ou sur « tous les cas non prévus ».

(2) Exemples : « L'assemblée générale, convoquée extraordinairement, peut, aux conditions édictées par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, décider l'augmentation du capital social. » — « L'assemblée générale... peut... décider la dissolution anticipée de la société. » D'une façon générale, toute clause conçue d'une façon énumérative.

sont engagées les parties, doit être toujours entendu d'une manière restrictive ; qu'en dehors des objets spéciaux sur lesquels le contrat aurait expressément permis aux assemblées générales de modifier les statuts, le pouvoir de modification ne peut s'appliquer qu'à des changements qui se feraient dans la limite des règles d'administration ou d'organisation, sans altérer les bases constitutives de la société de manière à blesser l'essence du pacte social (1) » ; et le second, « que le pouvoir de modifier ou reviser les statuts étant une exception aux dispositions du contrat de société dans lequel se sont engagées les parties et qui les lie mutuellement, doit toujours être entendu d'une manière restrictive (2) ».

De ces principes, la jurisprudence tire les conséquences suivantes : en l'absence de toute clause, le pacte social est d'une immutabilité absolue, on n'y pourra pas changer un iota. Cela va de soi en ce qui concerne l'objet et la nature juridique de la société, cela est encore exact quand il s'agit de modifications à l'importance du capital social et à la durée de la société, il faut même ne pas reculer devant les conséquences extrêmes du système et repousser sans fléchir ces modifications qui, ne touchant qu'à l'admi-

---

(1) Paris, 19 avril 1875. D. 75. II. 161 ; S. 76. II. 213.

(2) Paris, 30 novembre 1899. D. 01. II. 234 ; *Rev. des soc.*, 1901, p. 226. — Voir aussi : Douai, 30 décembre 1891. S. 92. II. 317 ; D. 94. I. 313, cassé sur pourvoi : Cass. civ., 29 janvier 1894. D. 94. I. 313. — Trib. civ. Saint-Amand, 28 octobre 1891. *Rev. des soc.*, 1892, p. 77. — Trib. com. Seine, 20 juillet 1899. *Rev. des soc.*, 1900, p. 19 ; *Gazette des tribunaux*, nos des 2, 3 et 4 octobre 1899.

nistration intérieure de la société, se présentent sous un jour favorable (1).

La clause donnant en termes généraux à l'assemblée générale le pouvoir de modifier les statuts ne confère d'autres droits que celui de faire ces modifications de détail dont nous venons de parler, elle ne peut s'entendre que de changements propres à assurer et faciliter la marche des affaires de la société et portant par exemple sur des points de gestion et d'administration. La jurisprudence ne s'écarte de la règle posée à l'article 1134 du Code civil que si l'intention des parties contractantes est expressément manifestée, et alors c'est contrainte en quelque sorte qu'elle abandonne le principe de l'immutabilité auquel elle revient immédiatement. Elle décide notamment que le droit d'apporter aux statuts les modifications dont l'expérience aurait démontré l'utilité ne comporte pas celui de transférer le siège social même simplement d'une ville française dans une autre (2), qu'il ne comporte pas davantage

---

(1) Ceci ressort implicitement, à n'en point douter selon nous, de la jurisprudence qui ne voit dans l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, qu'une disposition réglementant la composition de l'assemblée extraordinaire, lorsque les modifications aux statuts ont été prévues. Mais nous devons à la vérité de dire que, dans aucune des décisions de cette jurisprudence, nous n'avons vu condamnées expressément les modifications de cette nature ; il semble même que certaines décisions hésitent à admettre cette conséquence du principe sur lequel elles s'appuient (art. 1134, C. civ.), sans du reste donner la raison de ce tempérament. Voir sur ce point : Paris, 19 avril 1875, et tribunal civil de Saint-Amand, 28 octobre 1891, précités.

(2) Trib. com. Marseille, 23 décembre 1885. *Rev. des soc.*, 1886, p. 515.

ni le droit de modifier la répartition des bénéfices (1), ni celui de modifier la durée de la société dans le sens d'une prorogation ou dans celui d'une dissolution anticipée (2). Dans le cas où les statuts permettent cette dissolution de la société pour des motifs graves et légitimes, cette clause ne confère pas un pouvoir absolu et sans contrôle (3), et il appartient à la minorité de faire annuler le vote de dissolution si celle-ci n'est pas justifiée. La faculté d'augmenter le capital social n'entraîne pas le droit de le réduire (4).

Mais après avoir admis qu'en principe, dans le silence des statuts, l'assemblée extraordinaire était sans pouvoir, brusquement la jurisprudence a fait volte-face et accepte comme point de départ que la majorité fait la loi à la minorité, même dans les assemblées extraordinaires. C'est à l'occasion de décisions concernant la réduction du capital que s'est produite cette volte-face. Annoncé par deux jugements du Tribunal de commerce de la Seine en

---

(1) Trib. com. Seine, 20 juillet 1899. *Rev. des soc.*, 1900, p. 19 ; *Gazette des tribunaux*, nos des 2, 3 et 4 octobre 1899. — Paris, 30 novembre 1899. *Rev. des soc.*, 1901, p. 226 ; D. 01. II. 234.

(2) Paris, 20 mai 1869. D. 70. II. 12. — Trib. com. Seine, 24 juillet 1883. *Rev. des soc.*, 1883, p. 755. — Trib. com. Seine, 2 mars 1885. *Rev. des soc.*, 1885, p. 364 ; la *Loi*, n° du 20 mars 1885. — Trib. com. Marseille, 9 novembre 1886. *Journ. des soc.*, 1888, p. 386. — Paris, 30 juillet 1891. *Rev. des soc.*, 1892, p. 72. – Douai, 22 novembre 1895. *Rev. des soc.*, 1896, p. 160 et sur pourvoi : Cass. req., 29 avril 1897. *Rev. des soc.*, 1897, p. 335 ; D. 98. I. 106.

(3) Trib. com. Marseille, 9 novembre 1886. *Rev. des soc.*, 1887, p. 135 ; D. 87. I. 316.

(4) Douai, 30 décembre 1891. S. 92. II. 317 ; D. 94. I. 313, cassé sur pourvoi : Cass. civ., 29 janvier 1894. D. 94. I. 313.

date des 11 avril et 1er octobre 1883 (1), le revirement a été accompli par la première chambre de la Cour de Paris dans les deux arrêts du 13 mars 1884 (2) et du 13 janvier 1885 (3).

La Cour de Paris affirme, dans le premier de ces arrêts, « qu'en droit, à moins d'interdiction formelle écrite dans les statuts d'une société, les actionnaires réunis régulièrement en assemblée générale et délibérant dans la plénitude de leur souveraineté ont le droit, sous la réserve du droit des tiers, de prendre toute résolution, soit pour augmenter, soit pour réduire le capital, ou pour racheter aux conditions dont ils sont seuls juges les actions souscrites par un ou plusieurs d'entre eux... » ; dans le second, elle se montre plus hardie et dit toute sa pensée : « Considérant, en droit, que dans toute société anonyme, sauf prohibition contraire inscrite dans les statuts et sous réserve des droits des tiers, les actionnaires délibérant en assemblée générale ont le droit d'augmenter ou de diminuer le capital social, comme d'apporter au pacte social toute autre modification... »

Mais à ce moment encore la jurisprudence était fixée dans le sens de l'application stricte de l'article 1134 du Code civil à la société anonyme. La théorie était donc entièrement neuve, en jurisprudence tout au moins ; la Cour de Paris ne resta pas seule de son avis, la Cour de cassation lui donna son adhé-

---

(1) Trib. com. Seine, 11 avril 1883, et 1er octobre 1883. *Journ. des soc.*, 1884, p. 156 et p. 162.

(2) Paris, 13 mars 1884. D. 85. II. 14 ; *Rev. des soc.*, 1884, p. 359.

(3) Paris, 13 janvier 1885. D. 85. II. 184 ; *Rev. des soc.*, 1885, p. 330.

sion dans trois arrêts intervenus au cours des années 1892, 1893, 1894 (1), et les Cours de province ont généralement suivi, sauf cependant celle de Douai et celle de Besançon (2) qui semblent rester fermement attachées à l'article 1134.

De cette nouvelle jurisprudence, se dégage cette théorie : en dehors de toute clause statutaire, sous réserve bien entendu du droit des tiers, l'assemblée générale extraordinaire a le droit de modifier les statuts. En matière de société anonyme, il y a échec au principe formulé par l'article 1134 du Code civil. Que si l'on demande en vertu de quel raisonnement juridique, sous l'égide de quel texte de loi, cette nouvelle jurisprudence prétend s'établir, les tribunaux, quand ils s'en inquiètent, répondent en invoquant l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 (3).

Le pouvoir légal des assemblées extraordinaires de modifier le pacte social est donc désormais reconnu par la partie la plus considérable de la jurisprudence, à deux conditions cependant (4). La première condition, positive, consiste en ce que la délibération doit être régulière, conforme aux dispositions des articles 28 et 31 de la loi du 24 juillet 1867 : cette délibération devra donc être prise dans une assemblée représentant la moitié du capital social et

---

(1) Cass. civ., 30 mai 1892. D. 92. I. 105. — Cass. civ., 31 octobre 1893. D. 94. I. 320 ; *Rev. des soc.*, 1894, p. 8. — Cass. civ., 29 janvier 1894. D. 94. I. 313 ; *Rev. des soc.*, 1894, p. 114.

(2) Besançon, 29 juillet 1889. D. 90. II. 331 ; S. 91. II. 107. — Douai, 30 décembre 1891. D. 94. I. 313 ; S. 92. II. 317.

(3) Cass. civ., 29 janvier 1894. D. 94. I. 313 ; *Rev. des soc.*, 1894, p. 114. — Cass. civ., 30 mai 1892. D. 93. I. 105.

(4) Paris, 13 janvier 1885. D. 85. II. 184 ; *Rev. des soc.*, 1885, p. 330.

être décidée à la majorité des voix des actionnaires présents. Et voici la seconde condition, négative celle-ci : l'absence de prohibition dans les statuts, prohibition qui pourrait se présenter sous un aspect général ou ne s'appliquer qu'à une modification spéciale (1).

La question de principe étant ainsi tranchée dans le sens du pouvoir de l'assemblée extraordinaire, quelle est exactement l'étendue de ce pouvoir ? Est-ce une omnipotence absolue, ou bien au contraire ce pouvoir a-t-il des limites et, dans ce dernier cas, où faut-il placer la borne ?

A s'en tenir à l'examen des arrêts de la Cour de Paris qui ont décidé le mouvement de la jurisprudence, il semblerait que ce fut le premier parti qu'on ait entendu consacrer : les actionnaires réunis en assemblée extraordinaire sont investis d'un pouvoir souverain, dont ils useront pour « augmenter ou diminuer le capital social » ou pour apporter « toutes autres modifications (2) ». En réalité, quand on a analysé l'ensemble des documents qui composent cette nouvelle jurisprudence, on s'aperçoit que nos tribunaux ne se sont jamais arrêtés à l'idée d'une omnipotence absolue ; c'est un pouvoir restreint

---

(1) Cass. civ., 30 mai 1892, précité. — Cass. req., 16 juillet 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 434. — Voir : Fraissingea. *Les pouvoirs des assemblées générales extraordinaires des sociétés anonymes. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. L, 1901-1902, p. 92 et suivantes.

(2) Paris, 13 mars 1884. D. 85. II. 14 ; *Rev. des soc.*, 1884, p. 359. — Paris, 13 janvier 1885. D. 85. II. 184 ; *Rev. des soc.*, 1885, p. 330. — Voir aussi trib. com. Seine, 11 avril 1883 et 1er octobre 1883. *Journ. des soc.*, 1884, p. 156 et 162.

qu'ils reconnaissent et pas autre chose. Puis, comme après tout il faut établir ces restrictions, les tribunaux font appel à une distinction déjà ancienne (1), elle a cinquante ans d'existence, entre les clauses secondaires ou accessoires et les clauses ou bases essentielles, distinction qu'ils se sont efforcés de développer (2).

Il y a, dans les statuts d'une société, certaines clauses qui ne pourront être modifiées que du consentement unanime des actionnaires, à moins cependant que la majorité n'ait reçu formellement le pou-

---

(1) Cette distinction a été formulée par la jurisprudence, alors qu'elle prenait l'article 1134 du Code civil comme point de départ, au sujet de l'interprétation de la clause conférant à l'assemblée extraordinaire un pouvoir général de modification. Consulter à cet égard : Paris, 26 avril 1850. D. 50. II. 129. — Cass. civ., 14 février 1853, et Cass. req., 3 mai 1853. D. 53. I. 44 et 186. — Cass. civ., 17 avril 1855. D. 55. I. 213. — Cass. civ., 11 mars 1868. D. 68. I. 207. — Cass. req., 29 mai 1869. D. 69. I. 323. — Cass. civ., 14 décembre 1869. D. 70. I. 179. Les expressions : clauses secondaires, bases essentielles n'y sont pas, mais en fait la distinction s'y trouve. Voir cependant l'arrêt de la Cour de Paris du 26 avril 1850, précité, qui parle de changement radical et extinctif.

(2) Paris, 29 décembre 1897. *Rev. des soc.*, 1898, p. 107. — Trib. com. Seine, 6 mars 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 410 ; le *Droit*, nos des 6 et 7 avril 1901. — Trib. civ. Seine, 4 août 1900. *Rev. des soc.*, 1901, p. 337. — Trib. com. Nice, 26 décembre 1900. *Rev. des soc.*, 1901, p. 252 ; *Gazette des tribunaux*, no du 21 février 1901. — Cass. req., 18 octobre 1899. *Rev. des soc.*, 1900, p. 54. — Trib. com. Seine, 22 mars 1900. *Rev. des soc.*, 1900, p. 534 ; la *Loi*, nos des 24 et 25 mai 1900. — Lyon, 23 juillet 1895. *Rev. des soc.*, 1896, p. 16, confirmé sur pourvoi : Cass. req., 29 décembre 1896. *Rev. des soc.*, 1896, p. 128. — Amiens, chambres réunies, 29 juin 1895. *Rev. des soc.*, 1895, p. 347. — Cass. req., 14 mai 1895. *Rev. des soc.*, 1895, p. 346. — Trib. com. Marseille, 20 septembre 1886. *Rev. des soc.*, 1887, p. 138. — Cass. civ., 29 janvier 1894. D. 94. I. 313 ; *Rev. des soc.*, 1894, p. 414. — Cass. civ., 30 mai 1892. D. 93. I. 105. — Paris, 29 décembre 1897. D. 98. II. 445.

voir d'y toucher ; mais alors, dans ce dernier cas, il n'est plus question d'un pouvoir légal, mais bien d'un pouvoir conventionnel. Ce ne sont plus à proprement parler des modifications aux statuts, ce sont de véritables changements aux bases mêmes du contrat ; il n'y a plus, après remaniement des clauses de cette nature, continuation de la société primitive, mais une société nouvelle à la naissance de laquelle chacun des actionnaires devrait donner son adhésion (1). Conséquemment la délibération opérant ce changement, à moins de convention contraire toujours possible, ne peut être prise qu'à l'unanimité.

La difficulté est de dire quels sont les changements de cette catégorie pour lesquels est exigée l'unanimité. Nous nous bornerons pour l'instant à constater l'absence de criterium, en nous réservant de l'incriminer plus tard. La jurisprudence, appelée à se prononcer sur des modifications relatives à l'objet, au caractère, au capital, à la durée de la société, au déplacement du siège social, à la nationalité, à la répartition des bénéfices, à l'organisation de l'administration, du régime intérieur de la société, a fourni des solutions fermes sur certains points ; souvent aussi elle a hésité et est tombée dans des contradictions manifestes. On irait au-devant d'une déception si l'on cherchait un principe directeur à travers toutes les décisions judiciaires.

La jurisprudence est très ferme pour exiger l'unanimité quand il s'agit d'un changement à l'objet de la société, l'assemblée générale ne pourra donc pas

---

(1) Amiens, chambres réunies, 29 juin 1895, précité.

autoriser une exploitation différente ou, à côté de l'entreprise ancienne, en créer une autre indépendante (1). Il en est de même en ce qui concerne l'atteinte au caractère juridique de la société anonyme, à sa transformation en un type différent : telle serait la transformation de la société anonyme en une commandite par actions ou en une société par intérêts (2). D'une façon plus générale, toute délibération qui aurait pour résultat de soumettre les associés à un régime légal autre que celui qu'ils ont accepté en adhérant aux statuts ne peut être prise valablement par la majorité ; il en serait ainsi par conséquent de la transformation d'une société française en une société étrangère, que ce résultat ait été directement voulu, ou bien qu'il soit produit indirectement par le transfert du siège social à l'étran-

---

(1) Cass., 20 décembre 1882. *Rev. des soc.*, 1883, p. 509. — Paris, 30 juin 1883. *Rev. des soc.*, 1883, p. 538. — Cass., 26 novembre 1894. D. 95. I. 57 ; S. 95. I. 133 ; *Rev. des soc.*, 1895, p. 79. — Paris, 29 décembre 1897. D. 98. II. 445 ; *Rev. des soc.*, 1898, p. 107, infirmant jugement du tribunal de commerce de la Seine en date du 1er décembre 1894. *Rev. des soc.*, 1895, p. 238, et 1898, p. 108 ; en réalité, la décision de première instance et celle d'appel sont d'accord sur le principe, et leur divergence porte uniquement sur la question de fait, sur l'interprétation des parties. — Angers, 15 janvier 1894. *Rev. des soc.*, 1894, p. 178, confirmant jugement du tribunal de commerce d'Angers en date du 7 juillet 1893. *Rev. des soc.*, 1893, p. 533. — Amiens, 29 juin 1895. *Rev. des soc.*, 1895, p. 347. — Trib. com. Seine, 6 mars 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 410 ; le *Droit*, nos des 6 et 7 avril 1901. — Orléans, 9 janvier 1901. *Journ. des soc.*, 1901, p. 356 ; *Rev. des soc.*, 1901, p. 437. — Cass., 29 mars 1898. *Journ. des soc.*, 1898, p. 308.

(2) Résol. implic. : Orléans, 9 janvier 1901, précité. — Cass. req., 8 mars 1882. D. 83. I. 81. — Angers, 15 janvier 1894. *Rev. des soc.*, 1894, p. 178. — Cass., 28 février 1888. D. 88. I. 427. — Voir aussi : Cass., 26 novembre 1894, précité. — Amiens, chambres réunies, 29 juin 1895, précité.

ger (1). Dans tous les cas, la nature de la société serait changée, ce qui ne peut se produire sans l'assentiment unanime des actionnaires.

Si nous passons aux modifications qui auraient pour objet le déplacement du siège social, nous voyons que la solution est la même. La jurisprudence estime qu'une telle mesure peut avoir les conséquences les plus graves non seulement au point de vue des tiers, mais encore au point de vue de la société et des actionnaires eux-mêmes, et à ce titre, le transfert du siège social lui semble constituer non pas seulement une modification secondaire, mais un véritable changement portant atteinte à l'une des stipulations essentielles du pacte (2).

L'assemblée générale, en dehors de l'assentiment unanime des actionnaires, ne pourrait pas changer la répartition des bénéfices sociaux. Donner une destination différente à ces bénéfices, c'est altérer le pacte dans une de ses clauses essentielles (*conf.* art. 1832, 1853, 1855, C. civ.), puisque c'est précisément dans la vue du partage des bénéfices qu'on adhère à une société. Les mesures, dont le résultat serait de

---

(1) Aix, 14 juin 1879. *Journ. des soc.*, 1880, p. 203.

(2) Trib. com. Marseille, 23 décembre 1885. *Journ. des soc.*, 1887, p. 149. — Trib. com. Marseille, 20 septembre 1886. *Journ. des soc.*, 1887, p. 753 ; *Rev. des soc.*, 1887, p. 738. — Voir en sens contraire : Amiens, chambres réunies, 29 juin 1895, précité (motifs). — Ajoutons que la jurisprudence a plusieurs fois décidé que la délibération, au cas où elle a été valablement prise est insuffisante pour opérer légalement le changement, si le transfert n'a pas eu lieu en réalité. (Cass. req., 11 août 1884. *Rev. des soc.*, 1884, p. 609. — Cass. req., 1er décembre 1884. *Rev. des soc.*, 1885, p. 318. — Cass. req., 30 janvier 1882. S. 82. I. 150.)

changer le mode de répartition des bénéfices, sont des plus variées ; elles sont toutes impossibles à légitimer lorsqu'elles ne sont prises que par une majorité (1). Tout au plus, la jurisprudence fait-elle une exception en faveur de la délibération, qui accorderait une quote-part des bénéfices aux membres du conseil d'administration, dont la rétribution se faisait jusque-là au moyen de l'attribution de jetons de présence; et encore la jurisprudence a-t-elle soin de tenter une justification en insistant sur cette idée qu'il n'y a pas là une modification à la répartition des bénéfices, modification qui excéderait les pouvoirs de l'assemblée, mais simplement la rémunération du travail, basée sur les bénéfices (2).

L'assemblée générale aura très certainement qualité pour modifier les clauses concernant l'administration et l'organisation de la société anonyme, notamment pour augmenter ou réduire le nombre

---

(1) Paris, 27 juin 1884. *Journ. des soc.*, 1885, p. 179. — Lyon, 6 mars 1888. *Rev. des soc.*, 1889, p. 15. — Trib. com. Seine, 1er septembre 1891. *Rev. des soc.*, 1891, p. 560; *Gazette des tribunaux*, nº du 16 septembre 1891. — Trib. com. Seine, 22 mars 1900. *Rev. des soc.*, 1900, p. 534

Contra : Trib. com. Seine, 18 mars 1896. Le *Droit*, nº du 9 avril 1896. — Nancy, 10 mars 1900. *Rev. des soc.*, 1900, p. 220. Sur ce dernier arrêt, il importe de remarquer que de l'examen des clauses statutaires ressortait le pouvoir général pour l'assemblée de modifier non seulement les clauses secondaires, mais encore certaines autres considérées comme essentielles, sous la seule réserve de n'imposer jamais aux porteurs d'actions un versement quelconque au delà de leur apport. Aussi l'arrêt semble-t-il envisager la question de la modification à la répartition des bénéfices en fait plutôt qu'en droit.

(2) Riom, 2 février 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 442 ; S. 03. II. 57, *Note* de M. Wahl.

des administrateurs, changer le chiffre et même le mode de leurs appointements, les contraindre à des réunions plus fréquentes, renforcer les actions qu'ils doivent posséder et déposer dans les caisses sociales à titre de cautionnement, étendre ou restreindre leurs attributions (1). L'assemblée peut aussi valider en les ratifiant les actes accomplis par ses mandataires, par les administrateurs en dehors de leurs attributions, à condition toutefois que ces actes ne touchent pas aux bases essentielles de la société (2). Elle peut encore valablement changer l'époque de la tenue des assemblées, le mode de convocation, l'époque de la clôture des livres et de l'échéance des coupons, d'une façon générale elle est souveraine quand elle réglemente la gestion, l'administration intérieure.

Mais ce n'est pas à cela que se bornent les clauses secondaires, la jurisprudence attribue encore ce caractère à celles qui fixent le capital et la durée de la société et elle entend, dans un sens très libéral, celle qui est relative à l'objet.

Nous avons vu précédemment que les tribunaux n'autorisent pas l'assemblée générale à substituer une exploitation nouvelle à l'exploitation primitive qui constitue le but de la société. Mais, en dehors d'une substitution qui opère un changement radical, il y a d'autres modifications relatives à l'objet sur

---

(1) Paris, 7 août 1880. Dalloz. *Sup. rép.*, v° Société, n° 1696, note 1.

(2) Cass., 21 juin 1881. D. 81. I. 465. — Amiens, chambres réunies, 29 juin 1895. *Journ. des soc.*, 1896, p. 177.

lesquelles des décisions sont intervenues. La délibération de l'assemblée générale peut avoir pour effet de créer une exploitation connexe à l'ancienne, c'est-à-dire d'adjoindre à l'objet principal de la société un autre objet qui a avec le premier une liaison intime, ou tout simplement elle a pour résultat d'étendre les opérations sociales. La jurisprudence refuse de valider la première catégorie de délibérations relatives à la création d'une exploitation connexe ; elle considère notamment qu'adjoindre à une exploitation d'éclairage par le gaz l'éclairage par l'électricité, c'est opérer un changement d'objet de la société (1). Mais, par contre, elle approuve les délibérations qui tendent à permettre à la société de suivre son développement normal et de satisfaire aux nécessités créées par la concurrence en décidant l'extension des opérations sociales (2).

En ce qui concerne la durée de la société, la jurisprudence, après quelques hésitations il est vrai,

---

(1) Trib. civ. Saint-Amand, 28 octobre 1891. *Rev. des soc.*, 1892, p. 77, confirmé sur appel : Bourges, 6 avril 1892. *Journ. des soc.*, 1894, p. 41 ; S. 93. II. 213. — Paris, 29 décembre 1897. D. 98. II. 445; *Rev. des soc.*, 1898, p. 107 ; *Journ. des soc.*, 1898, p. 113. — Cass., 29 juillet 1890. D. 91. I. 54. — Cass., 26 novembre 1894. *Journ. des soc.*, 1895, p. 199. — Amiens, chambres réunies, 29 juin 1895, précité. — Cass., 29 mars 1898. *Journ. des soc.*, 1898, p. 308. — Trib. com. Seine, 25 juin 1891. *Rev. des soc.*, 1891, p. 555 ; *Gazette des tribunaux*, n° du 19 juillet 1891. — *Contra :* Orléans, 9 janvier 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 437.

Sur les difficultés où cette jurisprudence a jeté les villes désireuses d'adjoindre l'éclairage électrique à l'éclairage au gaz, voir Fraissingea. Dissertation précitée au *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. L, 1901-1902, p. 92 et suiv.

(2) Orléans, 9 janvier 1901, précité (voir les motifs). — Cass. civ., 20 décembre 1882. *Rev. des soc.*, 1883, p. 509 ; D. 83. I. 301.

décide qu'une dissolution anticipée (1) ou, au contraire, une prorogation du terme de la société (2) ne constitue qu'une atteinte à une clause accessoire, n'opère pas un changement et que l'assemblée extraordinaire a compétence pour statuer sur ces questions. Il y a un lien nécessaire entre cette solution et le principe qui sert de point de départ à la jurisprudence et qui est celui-ci : l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 confère de plein droit aux assemblées extraordinaires, même en dehors de toute clause du pacte social, le pouvoir de modifier les statuts. L'article 31, en effet, vise d'une façon expresse la dissolution anticipée et la prorogation du terme de la société. Les modifications à la durée de la société peuvent donc être réalisées aux seules conditions de *quorum* et de majorité fixées par cette même disposition. Comme, d'autre part, la jurisprudence a cru découvrir la limite au pouvoir légal des assemblées extraordinaires dans une distinction entre les clauses secondaires et les clauses essentielles, au terme du système devait fatalement surgir cette affirmation que la durée de la société ne doit pas être considérée comme une des bases essentielles du contrat (3).

---

(1) Marseille, 9 juin 1885. *Journ. des soc.*, 1887, p. 296. — Paris, 24 juin 1884. *Rev. des soc.*, 1884, p. 495 ; *Journ. des soc.*, 1885, p. 719.

(2) Orléans, 9 janvier 1901, précité.

(3) L'affirmation n'est pas nettement formulée par les arrêts ; mais elle est implicite et résulte de cette constatation que, dans les motifs de leurs décisions, les tribunaux accordent le caractère organique et fondamental à l'objet, à la nature de la société, à l'égalité entre actionnaires, et omettent de mentionner la durée. Voir notamment : Angers, 15 janvier 1894. *Rev. des soc.*, 1894, p. 178, confir-

Parmi les changements qui surviennent au cours de l'existence de la société, ceux qui affectent le capital social sont les plus fréquents, et ils ont donné aux tribunaux l'occasion d'exercer leur sagacité. Du reste, nous l'avons déjà fait remarquer, c'est précisément au sujet de modifications de cette nature que la jurisprudence a formulé sa nouvelle manière de voir. Les décisions sont nombreuses (1) et la jurisprudence, avec une netteté dont elle ne s'est jamais départie, affirme que les actionnaires réunis régulièrement en assemblée générale et délibérant dans la plénitude de leur souveraineté, ont le droit de prendre toute résolution, soit pour augmenter, soit pour réduire le capital social, et cela aux conditions dont ils sont seuls juges. Est-ce à dire que le but étant licite, tous les moyens sont autorisés ? Encore que parfois les tribunaux se soient prononcés pour l'affirmative (2), il ne faut pas s'y tromper, la jurisprudence ne va pas aussi loin, et si elle tient

---

mant jugement du tribunal de commerce d'Angers en date du 7 juillet 1893. *Rev. des soc.*, 1893, p. 533. — Cass. req , 14 mai 1895. *Rev. des soc.*, 1895, p. 346. — Orléans, 9 janvier 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 437.

(1) Paris, 13 mars 1884. D. 85. II. 14; *Rev. des soc.*, 1884, p. 359. — Paris, 13 janvier 1885. D. 85. II. 184; *Rev. des soc.*, 1885, p. 330. — Paris, 15 mars 1890. D. 93. I. 105; *Rev. des soc.*, 1890, p. 295. — Cass. civ., 30 mai 1892. D. 93. I. 105. — Cass. civ., 29 janvier 1894. *Rev. des soc.*, 1894, p. 114. — Cass. civ., 31 octobre 1893. D. 94. I. 320; *Rev. des soc.*, 1894, p. 8. — Lyon, 23 juillet 1895. *Rev. des soc.*, 1896, p. 16, confirmé sur pourvoi : Cass. req., 29 décembre 1896. *Rev. des soc.*, 1897, p. 128. — Orléans, 9 janvier 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 437; *Journ. des soc.*, 1901, p. 356. — Riom, 2 février 1901 *Rev. des soc.*, 1901, p. 442; S. 03. II. 57.

(2) Cass. civ., 30 mai 1892, précité. — Cass. civ., 29 janvier 1894, précité. — Cass. civ., 31 octobre 1893, précité.

pour régulières en principe les modifications relatives au capital social, c'est à la condition que le procédé employé pour parvenir à ce résultat ne portera atteinte en aucune façon, soit aux droits propres de l'actionnaire (1), soit au principe de l'égalité entre actionnaires (2).

Ce sont deux restrictions qu'aucun arrêt ne justifie, ni même ne commente. S'il est facile de comprendre le principe de l'égalité de traitement entre actionnaires et d'en justifier l'application, il est malaisé de préciser et même de saisir la notion des droits propres de l'actionnaire; il semble que, sous cette dernière expression, la jurisprudence entende les droits que les actionnaires ont eu en vue quand ils sont entrés dans la société, et en l'absence desquels ils n'y seraient peut-être pas entrés. Parmi ces droits, elle fait figurer au premier plan les droits attachés à la propriété ou à la possession des actions. Faisant application de cette théorie, la jurisprudence annule la délibération qui décrète l'augmentation du capital par le doublement du montant de chaque action, ou par le dédoublement des actions existantes, effectué de telle sorte que chaque action libérée sera remplacée par deux actions du même taux libérées de moitié. L'action-

---

(1) Cass. civ., 30 mai 1892, précité. — Cass. civ., 29 janvier 1894, précité. — Cass. civ., 31 octobre 1893, précité. — Douai, 11 août 1887. *Rev. des soc.*, 1888, p. 45.

(2) Paris, 15 mars 1890. D. 93. I. 105; *Rev. des soc.*, 1890, p. 295. — Lyon, 23 juillet 1895, précité, confirmé sur pourvoi : Cass. req., 29 décembre 1896, précité. — Riom, 2 février 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 442.

naire est alors placé par une majorité, c'est-à-dire malgré lui, dans cette alternative, ou bien de se voir expulsé de la société par une vente forcée de son titre, ou bien d'effectuer, immédiatement ou non peu importe, un apport, un versement nouveau; or c'est pour lui un droit acquis et dont on ne peut le spolier que de rester dans la société sans avoir à engager de nouveaux capitaux (1).

Pareillement, on ne peut augmenter le capital social au moyen d'actions de priorité au détriment des actionnaires primitifs. L'égalité entre actionnaires est de la nature, sinon de l'essence du contrat de société, et on ne peut y porter atteinte qu'avec l'assentiment de l'unanimité des actionnaires; c'est à cette condition seulement que l'augmentation au moyen d'une émission d'actions privilégiées sera régulière (2).

---

(1) Douai, 11 août 1887. *Rev. des soc.*, 1888, p. 45. — Paris, 26 juillet 1887. D. 88. II. 145.

(2) Paris, 19 avril 1875. D. 75. II. 161; S. 76. II. 113.

La loi récente du 9 juillet 1902 permet expressément (art. 1er) la création des actions de priorité, même en l'absence d'une clause des statuts habilitant l'assemblée à cet effet. Mais il ne faudrait pas croire que cette loi a enlevé à la jurisprudence que nous signalons, l'occasion de se manifester. Parmi les difficultés qu'a soulevées l'application de la loi nouvelle, il en est une, en effet, que nous devons indiquer; c'est celle de savoir, si le droit conféré à l'assemblée générale par l'article premier s'applique aux sociétés antérieurement constituées, en d'autres termes si la disposition nouvelle a ou non un effet rétroactif.

Malgré les déclarations très précises de M. Girard, rapporteur de la loi au Sénat (séance du 12 juin 1902, *Journal officiel*. Documents parl., Sénat, S. O., annexe n° 272, p. 435), la doctrine (Albert Dreyfus. *La cote de la bourse et de la banque*, n° du 3 décembre 1902. — Rousseau. La *Liberté*, n° du 20 octobre 1902. — Wahl, au *Journ des soc.*, 1902, p. 111. — Vavasseur, à la *Rev. des soc.*, 1902, p. 441) consi-

Il importe toutefois de signaler dès maintenant, sous réserve de revenir plus tard sur ce point, que la jurisprudence qui maintient sans faiblir le principe de l'égalité entre actionnaires, se montre moins constante et moins ferme en ce qui touche la sauvegarde des droits propres de l'actionnaire. De nombreuses décisions, en effet, autorisent, en l'absence de toute clause statutaire, la réduction du capital social au moyen de l'échange d'actions nouvelles contre un plus grand nombre d'actions anciennes correspondant à l'importance de la réduction. Une assemblée réduit le capital des deux tiers en pres-

---

dère que la loi est inapplicable aux sociétés existantes ; le droit créé par l'article premier est un droit nouveau, dont l'effet est nécessairement limité aux sociétés nouvellement constituées, ainsi le veut le principe de la non-rétroactivité des lois. La jurisprudence semble suivre cette opinion. (Trib. com. Seine, 10 décembre 1902. *Journ. des soc.*, 1903, p. 24.)

A moins d'un revirement dans la doctrine et surtout dans la jurisprudence, une intervention législative nous paraît nécessaire, pour mettre un terme à cette situation. La commission extra-parlementaire, instituée par arrêté de M. le Garde des sceaux, en date du 22 juin 1902, à l'effet d'examiner les modifications à apporter aux lois du 24 juillet 1867 et du 1er août 1893, a pensé qu'il fallait, par un texte précis, autoriser les sociétés antérieures à la loi de 1902 à bénéficier du droit nouveau. (Voir le rapport, fait au nom de cette commission, par M. Rousseau, au *Journ. des soc.*, 1903, p. 222.) En fait, l'article 19 du projet rédigé par la commission, abroge la loi du 9 juillet 1902, et dans l'article 13, destiné à remplacer l'article 31 de la loi de 1867, on a inséré, en les modifiant, les dispositions contenues dans l'article premier de la loi du 9 juillet 1902. (Voir au *Journ. des soc.*, 1903, p. 177.)

Mais, et ceci nous inspire plus de confiance, MM. Girard, Poirrier et Prevet ont déposé, le 22 janvier 1903, au Sénat, un projet de loi tendant simplement à modifier l'article premier de la loi du 9 juillet 1902, dans le sens d'une extension formelle aux sociétés antérieurement constituées. (Voir le texte de ce projet avec l'exposé des motifs de M. Girard au *Journ. des soc.*, 1903, p. 141.)

crivant l'échange de trois actions anciennes contre une action nouvelle. La difficulté qui devait être soumise à la justice se présente immédiatement à l'esprit : l'actionnaire qui ne possède pas un nombre d'actions divisible par trois est ainsi assujetti à l'obligation d'acheter les unités manquantes, ou bien de vendre celles qu'il a en excès. Pour cet actionnaire, c'est donc la nécessité qu'on lui impose d'augmenter le chiffre de son apport, d'effectuer un versement nouveau s'il veut rester dans la société, ou bien celle de négocier partie ou totalité de ses titres, ce qui diminue malgré lui son intérêt dans la société ou même lui fait perdre sa qualité d'associé. Les raisons qui ont déterminé la jurisprudence à proscrire l'augmentation du capital au moyen du doublement du montant des actions ou du dédoublement des actions existantes se retrouvaient ici et auraient dû dicter une solution analogue. Malgré cela, la jurisprudence ne considère pas le procédé dont nous parlons, comme portant atteinte aux bases essentielles de la société, aux droits acquis de l'actionnaire (1).

Quant à la clause statutaire autorisant les modifications, l'interprétation jurisprudentielle en est des plus simples : si la clause donne pouvoir à l'assem-

---

(1) Cass. civ., 30 mai 1892. D. 93. I. 105; S. 92. I. 561. — Cass. civ., 29 janvier 1894. D. 94. I. 313 ; *Rev. des soc.*, 1894, p. 114. — Cass. civ., 31 octobre 1893. D. 94. I. 320 ; *Rev. des soc.*, 1894, p. 8. — Trib. com. Seine, 14 novembre 1887. *Rev. des soc.*, 1888, p. 166 ; la *Loi*, n° du 27 novembre 1887. — Voir cependant *contra* : Douai, 30 décembre 1891. D. 94. I. 313 ; S. 92. II. 317. Cet arrêt a été cassé sur pourvoi : Cass. civ., 29 janvier 1894, précité.

blée des actionnaires d'apporter au pacte social « toutes les modifications utiles », les « modifications nécessaires », etc., en un mot, confère à l'assemblée un pouvoir général de modification sans aucune précision, elle est inutile et ne constitue en réalité qu'une disposition surérogatoire, sans aucune portée. Dans le silence des statuts, comme en présence d'une clause générale, la situation est absolument la même; elle est identique dans les deux cas, quant au principe même du pouvoir de l'assemblée et quant aux restrictions à apporter à la règle de la souveraineté de l'assemblée. La convention n'aura, sur ce point, d'efficacité, qu'autant qu'elle visera un de ces éléments considérés comme essentiels par la jurisprudence.

II

CRITIQUE

Nous n'avions pas l'intention de procéder à un examen complet et détaillé de la jurisprudence touchant une question aussi complexe que les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire, nous avions seulement le dessein de décrire dans les grandes lignes les applications du principe nouveau formulé par les décisions judiciaires. Il nous reste maintenant à apprécier cette jurisprudence.

Il est une observation qui s'impose tout d'abord au sujet du principe même : à savoir que dans toute société anonyme, en dehors d'une clause des statuts,

l'assemblée a compétence pour décider à la majorité les modifications au pacte social.

Ce principe, que la jurisprudence affirme avec énergie depuis une vingtaine d'années, aurait été singulièrement mis en valeur s'il avait été formulé quelque part, ne fût-ce qu'une seule fois, au sujet d'une affaire où la question de droit se serait seule posée. Nous aurions voulu découvrir un arrêt, une décision quelconque intervenue dans une espèce où l'absence de clause autorisant les modifications aurait été avérée et au sujet de laquelle néanmoins les tribunaux seraient restés fidèles à leur nouvelle théorie. Nous avons cherché et nous n'avons pas trouvé. Nulle part la question de droit ne s'est posée devant la jurisprudence, dégagée de tout élément de fait, dans sa nudité en quelque sorte. Et pourtant, c'est bien cela qu'il faudrait pour convaincre le juge de toute l'importance de la réponse et donner à la solution libérale une autorité indéniable à l'égard du justiciable. Toujours, dans les décisions que nous avons analysées, de l'examen des faits, des motifs, du dispositif, des notes des arrêtistes mêmes, il résulte qu'une clause des statuts attribuait à l'assemblée extraordinaire des pouvoirs plus ou moins étendus.

Qu'on ne nous dise pas que cela importe peu au fond, puisque si la clause est obscure, il faudra en revenir aux principes du droit, à la solution légale pour suppléer au silence de la convention. Nous sommes parfaitement d'accord sur ce dernier point, la preuve en est dans la méthode que nous avons suivie et qui a consisté dans l'étude des décisions

où se trouve la clause dont il s'agit, pour essayer de dégager les principes de droit affirmés par les tribunaux. Mais il n'en reste pas moins vrai, il faut en convenir, que si le procès sur lequel la Cour de cassation exerce sa censure doctrinale renferme un élément de fait, une clause conférant à l'assemblée, en des termes imprécis, le pouvoir de modification, inconsciemment les magistrats seront plus disposés à adopter la solution libérale quand ils auront à résoudre la question du principe théorique de la modification, tout au moins on peut le craindre. La rédaction défectueuse des décisions judiciaires ne lève pas ces craintes.

Quand, dans un procès, une difficulté s'élève sur l'une quelconque des stipulations des parties, les dispositions législatives doivent être consultées, mais elles ne doivent intervenir que d'une façon subsidiaire, parce que c'est la convention qui fait la loi des parties sur tout ce qui ne porte atteinte ni à la morale, ni à l'ordre public. Ce sont là les règles qu'impose la logique judiciaire.

Au premier abord, on pourrait croire que la jurisprudence s'en écarte ; on peut relire les décisions où est affirmé le principe du pouvoir des assemblées extraordinaires, nous l'avons dit déjà, sans aucune exception, les magistrats se sont heurtés à une clause statutaire. Les tribunaux ont-ils alors précisé la signification et la portée de cette clause en s'attachant avant tout à découvrir l'intention des parties. N'ont-ils véritablement fait appel à la loi qu'en dernière analyse ? Nous en sommes persuadé, mais il faut bien reconnaître que la rédaction

des décisions judiciaires ne trahit pas cette façon de procéder. La clause est-elle conçue en termes énumératifs, s'agit-il par conséquent d'en fixer l'étendue, la jurisprudence ne statue pas sur le fondement de cette clause, mais sur le fondement de l'article 31 de la loi de 1867 (1). La clause est précise, elle ne laisse place à aucun doute, il s'agit tout uniment d'en faire l'application ; la jurisprudence raisonne souvent en dehors de cette clause statutaire habilitant l'assemblée générale à effectuer des modifications, et la clause, dont il s'agit, apparaît comme inutile (2). Il y a là un vice de rédaction, mais nous nous refusons à croire qu'il y ait en même temps un vice de méthode, plus sûrement la jurisprudence, après avoir procédé au travail d'analyse que lui impose l'interprétation de la convention, se livre à un essai de synthèse, intéressant au point de vue doctrinal, mais dangereux au point de vue pratique.

Sous le bénéfice de cette observation, il convient maintenant d'examiner le principe nouveau formulé par la jurisprudence. On se souvient qu'au dire des décisions judiciaires, c'est dans l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 que ce principe trouve sa justification. Nous aurons plus tard à examiner longuement le sens et la portée de l'article 31 et nous verrons que de cet article, qui apparemment n'édicte

---

(1) Cass. civ., 30 mai 1892, précité. — Cass. civ., 29 janvier 1894, précité. — Cass. civ., 31 octobre 1893. D. 94. I. 320 ; *Rev. des soc.*, 1894, p. 8. — Paris, 13 mars 1884. D. 85. II. 14 ; *Rev. des soc.*, 1884, p. 359. — Paris, 13 janvier 1885. D. 85. II. 184 ; *Rev. des soc.*, 1885, p. 330.

(2) Bordeaux, 25 janvier 1888. *Rev. des soc.*, 1888, p. 317.

qu'une disposition réglementaire touchant la composition de l'assemblée extraordinaire, il n'est pas possible de dégager la consécration même virtuelle du pouvoir légal des assemblées extraordinaires.

Pour le moment, nous accepterons l'interprétation nouvelle des Cours et des Tribunaux, et malgré cela le système de la jurisprudence est tellement rempli de contradictions, tellement incohérent, qu'il nous suffira de puiser dans ce système même des armes pour le combattre.

Tout d'abord, on peut reprocher à la jurisprudence une certaine désinvolture : pendant longtemps elle a fait prévaloir dans ses décisions la théorie restrictive ; dans des jugements fortement motivés, la jurisprudence avait établi son opinion avec minutie en se fondant sur l'article 1134 du Code civil et elle n'avait attribué à l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 qu'une signification absolument étrangère au problème du pouvoir des assemblées générales. Puis, subitement, la jurisprudence change sa manière de voir et consacre un principe contesté, à son apparition, par la très grande majorité de la doctrine : elle écarte l'article 1134 du Code civil, en tant qu'il s'agit de l'appliquer aux sociétés anonymes, et découvre à l'article 31 de la loi de 1867 un sens et une portée que jusque-là elle avait totalement ignorés.

Une décision judiciaire ne doit jamais être une dissertation juridique, mais elle doit toujours contenir des motifs de fait et de droit. La question dont nous nous occupons est délicate, la jurisprudence elle-même le reconnaît puisqu'elle avoue s'être

fourvoyée durant un assez long temps ; avec une probité scientifique des plus louables, la jurisprudence renie son passé, n'est-on pas en droit de lui demander davantage et d'exiger les raisons déterminantes de son revirement ? La conviction du justiciable ne serait-elle pas ainsi facilitée ? En cette matière, une affirmation, sans aucun commentaire, est absolument dénuée de toute valeur au point de vue scientifique ; quand on invoque une exception à un principe aussi formel que celui qui est inscrit dans l'article 1134 du Code civil, il faut, pour s'en tenir à une simple citation, un texte clair et précis et il est de toute évidence que l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 ne réalise pas cette condition. Là est notre pensée et se bornera, pour le moment, notre critique.

A supposer, d'ailleurs, que le pouvoir des assemblées extraordinaires ressorte virtuellement de cet article 31, la jurisprudence n'échappe pas à toute critique.

On se souvient que, pour fixer la limite de ce pouvoir, car raisonnablement il ne saurait être question d'une omnipotence absolue, la jurisprudence fait intervenir la théorie des clauses secondaires et des clauses fondamentales, dont la condamnation résulte pourtant, à n'en pas douter, de l'article 31 lui-même, si véritablement cette disposition a le sens qu'on lui prête. L'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 est en effet ainsi conçu, nous le rappelons : « Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée ou

de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. »

La loi met donc sur le même pied les modifications aux statuts en général et les propositions de prorogation de la durée de la société ou de dissolution avant terme, mais il les distingue toutefois ; à ses yeux, il y a là deux catégories d'altérations au pacte social, des altérations d'inégale importance. Si l'on peut voir, sous l'expression modifications aux statuts, une allusion aux clauses secondaires, il est impossible de donner ce dernier caractère aux atteintes à la durée de la société.

Et pourtant, rappelons le système jurisprudentiel : implicitement les décisions judiciaires classent les propositions de prorogation ou de dissolution parmi les modifications secondaires ; c'est en quoi la jurisprudence mérite un double reproche.

Le premier est de se mettre en contradiction avec la très grande majorité des auteurs qui pensent que la délibération touchant la durée de la société modifie essentiellement la portée de l'engagement contracté par l'actionnaire vis-à-vis de la société (1).

---

(1) Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. II, p. 110, n° 909, et Dissertation au *Journ. des soc.*, 1880, p. 538 et suiv. — Voir aussi du même auteur une *Note* sous Douai, 22 novembre 1895. *Journ. des soc.*, 1896, p. 310. — Boistel. *Cours de droit commercial*, 4e édit., p. 230, n° 320. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. II, n° 606, p. 20.

Voir aussi Lyon-Caen et Renault *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, n° 867⁴, p. 750. Ces deux auteurs soutiennent une opinion intermédiaire : ils reconnaissent, dans la prorogation de la

Nous n'insistons pas, nous avons résolu de combattre la jurisprudence avec ses propres armes.

Le second reproche, plus grave celui-ci, est de se mettre en contradiction avec elle-même : quand on se prévaut d'un article, comme la jurisprudence le fait de l'article 31 de la loi de 1867, il faut prendre cet article dans son entier, dans son indivisibilité, et si on l'invoque pour établir le principe même du pouvoir de modification des statuts, il ne faut pas l'écarter quand il s'agit de déterminer l'étendue de ce pouvoir. C'est précisément ce manque de logique dont la jurisprudence se rend coupable ; celle-ci, en effet, établit la distinction des clauses secondaires et des bases essentielles, puis lorsqu'elle en vient à l'application de cette théorie aux modifications à la durée de la société, elle décide, contrairement à l'idée qui ressort de l'article 31, que de semblables atteintes au statut social rentrent dans les modifications secondaires, comme une espèce dans un genre. En donnant à l'article 31 le sens que lui attribue la jurisprudence, on ne peut, à notre avis, aboutir qu'à édifier une théorie accordant à l'assemblée des actionnaires un pouvoir en principe illimité de modification ; l'essai a été tenté (1). La théorie est-elle exacte ? Nous le verrons dans la suite, mais, à tout le moins, elle respecte les droits de la logique, c'est une qualité dont l'exclusion est manifeste dans la théorie de la jurisprudence.

---

durée de la société, une atteinte aux bases essentielles, mais ils n'attribuent que le caractère d'une modification secondaire à la dissolution anticipée de la société.

(1) *Vide infra*, p. 316 et suiv.

Ce manque d'harmonie, qui caractérise le système jurisprudentiel, apparaît encore dans les solutions relatives aux variations du capital social. Ici encore, on pourrait sérieusement contester le caractère secondaire attribué à la clause qui fixe le montant du capital. Il y a, en effet, des auteurs considérables (1) qui pensent, avec raison selon nous, qu'il n'y a pas de rapport entre une société au capital de trois ou quatre millions et une société au capital de trois cent ou quatre cent mille francs, et que l'on ne peut pas distinguer entre une variation importante du capital et une variation minime sans tomber dans l'arbitraire.

Mais là n'est pas la question pour le moment ; ce que nous prétendons établir, c'est uniquement l'incohérence de la théorie jurisprudentielle, c'est donc en celle-ci qu'il nous faut trouver des arguments. Or, nous ne pouvons pas comprendre comment, après avoir proscrit toutes modifications à la répartition des bénéfices, les tribunaux pouvaient, souvent dans le même arrêt (2) et sans poser la plume, alors bien entendu qu'aucune clause n'en confère expressément le pouvoir à l'assemblée, d'une part valider une augmentation ou une réduction de

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, n° 867⁵, p. 751, et *Note* au S. 92. I. 161. — Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. I, n° 657, p. 528, et Dissertation au *Journ. des soc.*, 1880, p. 538. — Boistel. *Cours de droit commercial*, 4e édit., p. 230, n° 320, et *Note* au D. 1892. II. 385. — Floucaud-Pénardille. *Les sociétés par actions*, t. II, n° 589, p. 8. — Rousseau. *Manuel des sociétés*, p. 286, n° 999.

(2) Voir notamment : Riom, 2 février 1901. *Rev. des soc.*, 1901, p. 442.

capital, et d'autre part proscrire tout changement au mode de répartition des bénéfices.

Que les variations du capital aient une répercussion sur la part de chacun des actionnaires dans les bénéfices, c'est ce dont il est facile de se convaincre. Quand une société augmente son capital, il s'en faut de beaucoup qu'à cet accroissement de capital corresponde un accroissement de bénéfices. Il s'ensuit, comme conséquence indirecte, que les actionnaires anciens verront diminuer leur part de bénéfices par suite d'un fractionnement plus considérable de ces bénéfices. Il est indéniable que le pacte social subit alors une altération essentielle de l'aveu même de la jurisprudence. En est-il différemment en ce qui concerne la réduction du capital social ? Sûrement non. La réduction du capital n'est pas sans effet sur le revenu des actions. On a soutenu le contraire et on a essayé d'établir une distinction entre la réduction et l'augmentation du capital, en disant que si l'augmentation par l'introduction d'actionnaires nouveaux détruit la proportionnalité des bénéfices et réduit les profits de chacun, la réduction ne modifie en aucune manière la répartition proportionnelle des profits. Rien de moins fondé que cette distinction : diminuer le capital, c'est restreindre du même coup l'importance des opérations sociales, puisque, de toute évidence, cette importance se rattache intimement à celle du capital lui-même. Et par suite, sans qu'il soit besoin de nous appesantir davantage, la réduction du capital social a une répercussion inévitable sur les bénéfices de l'entreprise, partant sur la distribution des dividendes.

Quoi qu'on en ait dit (1), notre critique porterait encore, en présence de l'hypothèse de réduction du capital sur laquelle la jurisprudence a statué le plus souvent, à savoir lorsque cette opération est la conséquence de pertes éprouvées par la société ou d'une dépréciation subie dans la valeur de son actif. Ici encore, il est vrai de dire que la répartition des bénéfices est modifiée puisque la réduction permettra de distribuer immédiatement des bénéfices qui autrement devaient servir à combler le déficit social. On nous objectera que si la situation est modifiée, c'est tout à l'avantage des actionnaires et que ceux-ci seraient mal venus à s'en plaindre. A quoi nous répondrons que cela même n'est pas entièrement exact, car si ces actionnaires recevaient, comme il arrive souvent dans la pratique, même en l'absence de bénéfices, un intérêt fixe sur leur action, cet intérêt se trouve diminué par la réduction du capital nominal des actions auquel il correspond. Toujours, on le voit, éclate la contradiction que nous avons signalée.

Procédons maintenant à un parallèle des résultats auxquels aboutissent respectivement les deux théories que la jurisprudence a consacrées en la matière qui nous occupe. Peut-être trouverons-nous alors le secret mobile du revirement qui s'est opéré et a orienté les tribunaux vers la solution libérale.

Sous l'influence de la première théorie, la juris-

---

(1) Houpin. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., t. II, nº 916, p. 117. — Bourgeois. Dissertation au *Journ. des soc.*, 1888, p. 48 et suiv.

prudence avait été amenée à prohiber toute altération, si légère soit-elle, apportée au pacte social, tout au plus semblait-elle dans ses dernières manifestations user d'une tolérance, qu'elle ne justifiait pas d'ailleurs, en faveur des règles d'organisation intérieure.

Sous l'influence de la seconde théorie, si la jurisprudence a changé son point de départ et décidé en droit qu'il appartient aux assemblées générales, constituées conformément aux dispositions de l'article 31, de délibérer souverainement sur les modifications des statuts, il faut bien reconnaître que, jusqu'à présent, en fait, la jurisprudence ne s'est engagée dans cette voie qu'avec une extrême retenue. La majorité des actionnaires pourra, aux conditions de l'article 31, réaliser des modifications qui touchent uniquement à l'administration de la société ou même à l'organisation et aux pouvoirs des assemblées générales, mais sans porter atteinte aux droits acquis des actionnaires. En dehors de cela, si l'on s'en tient aux dispositifs des décisions judiciaires intervenues, on s'aperçoit que la jurisprudence n'applique sa théorie qu'à l'occasion de l'extension des opérations sociales, de la dissolution avant le terme fixé, de la réduction du capital par suite de pertes éprouvées par la société. Or, entre ces trois ordres de modifications, quel est le lien ? Il n'y en a pas d'autre que la gêne où la société serait plongée si l'on maintenait rigoureusement dans ces hypothèses l'immutabilité du pacte social. Cette gêne se ferait vivement sentir, notamment dans les hypothèses où les tribunaux autorisent la dissolution avant

terme et la réduction du capital par suite de pertes éprouvées.

Une société périclite, elle a déjà perdu la moitié, les deux tiers de son capital nominal, et il apparaît comme avéré que le meilleur des financiers ne pourrait apporter un remède à cette situation. La société se débat au milieu de circonstances économiques néfastes qui font naître des difficultés impossibles à surmonter. Une dissolution immédiate, suivie d'une liquidation, constitue le seul moyen pour les actionnaires de sortir sans trop de dommages de ce mauvais pas. Exiger un assentiment unanime de tous les associés pour parvenir à ce résultat, c'est vraisemblablement rendre impossible une mesure qui peut être de la plus élémentaire sagesse. En réalité, ne pas permettre à l'assemblée générale extraordinaire de se prononcer à la majorité sur la continuation de la société ou sur sa dissolution, c'est contraindre la société à attendre l'heure (dont l'échéance est inévitable par hypothèse), où la perte aura atteint les trois quarts du capital social.

Voilà une des situations, lamentable nous en convenons, à laquelle conduiront les principes ordinaires des contrats, lorsque les fondateurs de la société anonyme n'ont pas eu le soin d'en écarter l'application par une clause spéciale. Et voici l'autre, relative celle-ci à la fixation du capital social.

Ce dernier élément du contrat, dans la société anonyme, est peut-être celui qui, en législation, devrait pouvoir être modifié le plus facilement, au gré des besoins de la société. Mais, dans l'état actuel de la législation, la majorité de la doctrine est

d'avis qu'on ne peut s'affranchir de la prescription rigoureuse de l'article 1134 du Code civil et de l'esprit de la loi de 1867. Néanmoins la jurisprudence a posé le principe de la souveraineté des assemblées générales en tant qu'il s'agit de modifications au capital social, mais en fait les décisions interviennent dans une hypothèse qui se présente sous un jour particulièrement favorable, quand la réduction du capital s'explique par la perte du capital originaire ou la dépréciation de celui-ci.

Les situations dans lesquelles les modifications au capital social peuvent constituer des mesures utiles sont diverses (1), mais quand il y a dépréciation ou perte de l'actif social les nécessité pratiques sont très pressantes. Certains auteurs ont même affirmé que la réduction du capital, motivée par cette dépréciation ou cette perte, est toute différente de celle qui est décidée lorsque le capital demeure intact. On a dit, et la jurisprudence s'est ralliée à cette opinion, que, dans cette hypothèse, la délibération de l'assemblée générale n'avait pour objet que de mettre le capital social en harmonie avec l'actif qu'il représente, que l'on constatait un fait sans créer une situation légale nouvelle. Dès lors, ajoutent les auteurs qui ont développé cette opinion, pourquoi ne pas se laisser

---

(1) Sur les différentes situations qui peuvent nécessiter une modification au montant du capital social, comme aussi sur les procédés pour parvenir à ce résultat, voir notamment Bossy. *De l'augmentation et de la réduction du capital dans les sociétés par actions,* th. doct., Paris, 1899, p. 5 et suiv.; p. 113 et suiv. — Sée. *De la réduction du capital social, en vertu d'une délibération de l'assemblée générale dans la société anonyme,* th. doct., Paris, 1899, p. 107 et suivantes.

tenter ? Les éléments qui composent l'actif et le passif resteront les mêmes, seul le chiffre du capital social est changé ; il ne faut pas oublier, au surplus, que cette réduction est utile aux tiers qui ne sont plus trompés par l'annonce d'un capital perdu en partie. La réduction apparaît alors comme une opération de sincère et loyale administration et aussi comme une mesure extrêmement sage. Quand une société commerciale voit diminuer son capital social dans de fortes proportions, le cours des actions en supporte le contre-coup ; il peut être prudent de ramener leur taux nominal à leur valeur effective, cette opération ranimera leur circulation en Bourse et donnera à la société un nouvel essor. Sans compter que la nécessité de l'opération peut s'imposer d'une façon inéluctable, si l'on veut éviter la liquidation de la société.

A la vérité, ce sont là des considérations excellentes à faire valoir en législation, mais impuissantes à faire fléchir un principe certain de droit, et si l'on veut notre sentiment, nous dirons que même alors, placé dans l'alternative ou de laisser périr la société ou de permettre à la majorité des actionnaires de modifier l'importance du capital social, nous n'hésitons pas. Les associés ne se sont pas réservé, dans leur acte d'association, la faculté de modifier les statuts, ils porteront la peine de leur imprévoyance.

Mais nous l'avons déjà dit, et nous le répétons parce que là est peut-être la raison qui a décidé la jurisprudence, les conséquences du système fondé sur l'article 1134 du Code civil sont des plus funestes ;

et quand on voit la faiblesse et les contradictions manifestes de la théorie tentée par la jurisprudence en cette matière, on se demande si ce n'est pas la vision très nette des inconvénients de ce système qui aurait incité la jurisprudence à rompre en visière, vers 1884, avec la grande majorité de la doctrine et à s'orienter vers la solution libérale.

Au lendemain de la loi du 24 juillet 1867, la question du pouvoir des assemblées extraordinaires ne se présentait pas avec le degré d'actualité qu'elle possède depuis une vingtaine d'années ; mais, dès l'instant où le développement des sociétés par actions s'est manifesté, immédiatement les magistrats se sont aperçus, au contact de la réalité, qu'à consacrer l'interprétation basée sur l'article 1134 du Code civil et à laquelle ils s'étaient rangés tout d'abord, ils risquaient d'entraver la marche des sociétés, et alors les tribunaux ont imaginé cette théorie des clauses secondaires et des clauses essentielles, avec faculté pour la majorité de modifier les premières, mais sous la prohibition expresse de rien changer aux secondes. En agissant de la sorte, comme aussi en opérant le départ des diverses clauses entre ces deux catégories, il est évident que la jurisprudence a été guidée par une sorte d'intuition, d'instinct. Ce n'est qu'accessoirement qu'elle a éprouvé le besoin de synthétiser et de légitimer ses solutions nouvelles en les appuyant sur l'article 31 de la loi de 1867.

Il en est résulté cette théorie que nous avons exposée, théorie, qui, au point de vue pratique, précisément parce qu'elle était empirique, a été discutée par tous et a laissé les hommes d'affaires dans l'incer-

titude, théorie qui, au point de vue scientifique, a le vice de tous les systèmes de conciliation, à savoir : le manque absolu de base juridique.

En réalité, on s'expose à une déception, quand, sur la foi de M. Thévenet, rapporteur de la loi du 1er août 1893 au Sénat, on cherche dans la jurisprudence une réponse aux questions qui se posent sur l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 : l'assemblée générale extraordinaire peut-elle, au cas de silence des statuts, délibérer sur les modifications ? Subsidiairement, pour le cas où cette question serait résolue affirmativement, quelle est l'étendue du pouvoir de l'assemblée ? Sur ces deux points, on pouvait espérer que la jurisprudence allait clore la controverse ; il n'en a rien été.

SECTION III

L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE POSSÈDE *DE PLANO* LE POUVOIR DE MODIFIER LES STATUTS, ET EN PRINCIPE ELLE EST SOUVERAINE. — THÉORIE DE M. THALLER ET DE M. APPLETON.

I

EXPOSÉ DE LA THÉORIE DE M. THALLER ET DE M. APPLETON

L'examen de la jurisprudence, auquel nous avons procédé dans le chapitre précédent, nous a contraint à reconnaître que, si les tribunaux se sont fixés dans

le sens de la solution libérale, c'était uniquement sous la poussée de puissantes considérations d'ordre pratique.

Il s'agissait de concilier les pouvoirs de l'assemblée et les droits de l'actionnaire ; en réalité, il y avait une de ces situations juridiques, un de ces rapports entre les hommes, que le législateur n'a pas prévus et n'a point réglementés expressément. Cette situation s'est révélée un beau jour si fréquente et en même temps si importante qu'elle s'est imposée à l'opinion publique et a demandé satisfaction. Pour la solution de ce problème, pour la satisfaction donnée à ces besoins, en ce qui touche cette question comme en ce qui concerne celles du même ordre, l'œuvre de la jurisprudence a devancé celle du législateur.

Invitée à *dire le droit* (le langage de la procédure, trop décrié, a quelquefois de ces expressions énergiques), les tribunaux ont admis de plein droit les pouvoirs de la majorité et comme complément à ce principe, qu'ils n'ont même pas pris la peine de légitimer, ils ont proposé un criterium incertain que les textes désavouent.

Certes, la jurisprudence ne pouvait pas offrir une interprétation d'ensemble, qui forme un corps de doctrine et une synthèse harmonique ; elle ne procède point, en effet, avec des vues générales et un ordre méthodique, et de cela on ne peut pas lui faire un reproche. Un tribunal, si élevé soit-il dans la hiérarchie judiciaire, ne statue jamais que sur des espèces, jamais il ne procède à une fixation définitive de ses doctrines, cela lui est interdit. Nécessai-

rement, il devait y avoir des contradictions partielles et accidentelles, voire même des éléments durables qui ne se concilieraient que péniblement. A cela il fallait s'attendre.

Mais on pouvait espérer que, dans l'ensemble tout au moins, les décisions fragmentaires rendues par les tribunaux sur cette question formeraient un système dont toutes les parties se tiendraient. Les tribunaux auraient fourni et taillé les matériaux, puis les théoriciens seraient intervenus qui auraient formulé et démontré l'harmonie générale du système nouveau.

Il n'en a pas été ainsi et les jurisconsultes qui se sont prononcés en faveur des pouvoirs de l'assemblée extraordinaire ne se sont pas bornés à un travail de systématisation, ils ont véritablement fait œuvre de création. Est-ce à dire alors, que la jurisprudence n'est pour rien dans cette efflorescence de la doctrine ? Ce serait inexact ; à la jurisprudence, il revient d'avoir, par ses tendances de large interprétation, orienté la doctrine et de l'avoir incitée à chercher une solution en rapport avec les nécessités pratiques (1). Là se borne son mérite ou sa responsabilité.

Une observation suffira pour établir cette idée;

---

(1) Si la jurisprudence a orienté la doctrine vers la solution libérale et favorisé l'éclosion des systèmes qui s'attachent plus ou moins à la théorie de M. Thaller, il faut reconnaître qu'actuellement ces systèmes influencent à leur tour les décisions judiciaires, et on peut constater que la jurisprudence tend, de plus en plus, à élargir le domaine des clauses accessoires, au préjudice des clauses essentielles, et à se rapprocher ainsi de la théorie créée par M. Thaller, sans toutefois l'adopter expressément.

elle porte sur ce fait que le point de départ de la doctrine est tout autre que celui de la jurisprudence.

Celle-ci, en effet, s'en est toujours tenue, et s'en tient encore, à l'idée de contrat ; elle n'a pas encore admis que la société anonyme ait, dans ses rapports avec ses membres, aucune existence corporative. Ce sont, à ses yeux, uniquement des intéressés non syndiqués qui délibèrent ou au besoin plaident ensemble ; ils sont liés par le contrat social, comme ils le seraient par tout autre contrat, mais sous cette réserve conservent leur individualité. Et précisément à cause de cela, pendant longtemps la jurisprudence a cru devoir maintenir intact le principe de l'immutabilité du pacte social ; quand elle s'est avisée que sa rigueur primitive était excessive, quand elle a donné cette interprétation large que nous avons exposée, on a pu remarquer que c'est encore l'idée de contrat qui subsiste dans son esprit, c'est sur le fondement d'une exception au principe formulé par l'article 1134 du Code civil qu'elle a établi sa nouvelle solution : l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 lui apparaît comme une disposition dérogatoire au droit commun. Sur ce point, la jurisprudence se se trouve d'accord d'une façon inconsciente peut-être avec les quelques auteurs (1), qui, au lendemain du vote de la loi 1867, ont soutenu que l'article 31 avait consacré le pouvoir de modification.

La doctrine qui, aujourd'hui, suit la tendance

---

(1) Mathieu et Bourguignat. *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, n° 202, p. 178. — De Courcy. *Les sociétés anonymes*, p. 124 et suiv. — Rivière. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, n^{os} 229 et 230, p. 270 et 271.

libérale raisonne d'autre façon. Nous allons essayer de résumer et de réfuter l'argumentation qui a été donnée.

C'est à M. Thaller (1) que revient la paternité de ce système ; un certain nombre de commercialistes (2) se sont fait les disciples du savant professeur, mais le maître a mis tant d'originalité, déployé tant de perspicacité dans l'étude de la nouvelle conception, que les disciples (nous en exceptons M. Appleton) se sont bornés le plus généralement à donner leur acquiescement à la théorie de M. Thaller. Toutefois, on peut glaner çà et là quelques considérations neuves. Nous ne négligerons rien, et reproduisant un système doctrinal qui, à l'heure actuelle, a le pas sur les autres, nous espérons lui laisser le relief que ses partisans lui ont donné.

A l'appui de ce principe, que l'assemblée générale a plein pouvoir à l'effet d'apporter aux statuts toutes

---

(1) Thaller. Dissertation au D. 93. I. 105 et suiv. ; *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e édit., nos 694 et suiv., p. 367 et suiv.

(2) Clément. *Des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, relativement aux modifications au pacte social*, th. doct., Lille, 1897, p. 44 et suiv. — Jacquier. *Des assemblées générales d'actionnaires*, th. doct., Aix-Marseille, 1899, p. 145 et suiv. — Sée. *De la réduction du capital social, en vertu d'une délibération de l'assemblée générale dans la société anonyme*, th. doct., Paris, 1899, p. 62 et suiv. — Paul Appleton. *Du droit pour les assemblées extraordinaires dans les sociétés par actions de modifier les statuts sociaux*, th. doct., Lyon, 1902, p. 61 et suiv. — Bousquet-Pontié. *Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale d'une société anonyme et les droits individuels de l'actionnaire*, th. doct., Toulouse, 1899, p. 40 et suiv. — Bouvier-Bangillon. *La législation nouvelle sur les sociétés*, p. 123 et suiv. — Lacour. *Note* au D. 94. I. 313 et suiv. — M. l'avocat général Desjardins. *Conclusions* dans l'affaire de la Compagnie des tramways du Nord, au D. 94. I. 317 et suiv.

modifications, sous certaines limites que nous aurons à indiquer dans la suite, on a fait valoir des arguments de divers ordres.

Prenant la question de haut et de loin, comme il fallait la prendre du reste, après avoir proposé une théorie sur la nature juridique des sociétés anonymes et des assemblées d'actionnaires, on fait appel à des déductions tirées des dispositions de la loi de 1867 et à des arguments de textes. Pour achever la démonstration, on invoque une sorte de conscience générale dont on trouve les manifestations un peu partout, dans les législations étrangères, dans les efforts de la doctrine pour briser le cadre trop étroit des contrats dans lequel la société anonyme est enserrée, dans les actes de la pratique commerciale. On termine en insistant sur des considérations pratiques.

On connaît la théorie de M. Thaller sur la nature juridique de la société anonyme et des assemblées d'actionnaires (1) ; nous n'y reviendrons ici que pour la résumer et surtout pour en tirer les conséquences relatives à notre sujet.

On se souvient que, d'après M. Thaller, la société anonyme, comme toute société par actions, est une entité juridique douée d'une vie propre, une personne distincte des éléments qui la composent et dont les attributs se manifestent non seulement vis-à-vis des tiers, mais aussi vis-à-vis des actionnaires eux-mêmes. Quant à l'assemblée générale, il faut la concevoir comme le corps délibérant de la masse,

(1) *Vide supra*, p. 15 et suiv.

suivant une comparaison que nous avons précédemment adoptée, comme le cerveau, siège de la volonté de l'être supérieur que constitue la *Société*. La décision de l'assemblée représente, à l'égard des actionnaires, la volonté de la nouvelle personne qui s'est superposée à eux, et de toute évidence cette décision doit être prise à la simple majorité ; les volontés individuelles disparaissent puisque chacun des actionnaires « ne vote pas à l'assemblée de son chef, mais comme facteur intégrant d'une volonté supérieure à la sienne et qu'il s'agit de manifester dans l'indivisibilité de son expression ». La minorité joue le rôle, dans l'assemblée générale, de ces hésitations, de ces résistances que l'analyse psychologique la plus élémentaire reconnaît quand nous sommes en présence d'une détermination à prendre, elle ne mérite pas plus d'attention.

Or, s'il est vrai que la société anonyme représente une personne autonome dès qu'elle apparaît sur la scène juridique, il faut lui accorder comme à un individu commerçant, à une personne réelle, la faculté de se mouvoir par elle-même, non seulement quand il s'agit de procéder aux actes de la vie courante, aux actes d'administration, mais aussi quand il s'agit d'actes plus graves, de modifications à l'organisation de l'entreprise.

On n'a jamais fait difficulté pour admettre que l'assemblée constitutive, lorsqu'elle statue sur la vérification des apports, en nature, délibérait à la majorité des voix, on n'a pas contesté davantage que les assemblées annuelles, qui reçoivent les comptes et votent les dividendes, sont aptes à

délibérer à la simple majorité. En bonne logique, il faut aller plus loin et admettre, comme conséquence de la personnalité de la société anonyme, que, dans l'assemblée extraordinaire, la loi de la majorité s'impose encore. L'article 1134 du Code civil se comprend très bien pour les contrats ordinaires de droit civil, pour la vente, le louage, voire même pour le contrat de société civile, pour la société commerciale par intérêts ; mais, puisqu'en constituant une société anonyme, on a fait autre chose que cela, puisqu'on a donné naissance à une personne, il ne faut pas prétendre assimiler la société anonyme aux autres contrats. En réalité, la règle formulée par l'article 1134 du Code civil n'est pas compatible avec la nature propre de notre institution; il ne peut être question ni d'appliquer le principe de l'immutabilité des conventions, ni d'apporter une exception à ce même principe, en ce qui concerne les sociétés anonymes, parce que les sociétés par actions constituent un domaine que l'article 1134 du Code civil ne régit en aucune manière (1).

Cette solution, que les principes conduisent à admettre, continue-t-on, est loin d'être contredite par les textes spéciaux ; elle peut, au contraire, tirer argument des dispositions de la loi de 1867. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter tout d'abord

---

(1) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 108, 1re et 2e col. ; *Traité...*, nº 694, p. 367. — Lacour. *Note* précitée au D. 94. I. 314, 2e col. — Desjardins. *Conclusions* précitées au D. 94. I. 317, 2e col. — Clément. *Op. cit.*, p. 45 et suiv. — Bousquet-Pontié. *Op. cit.*, p. 41 et 42. — Jacquier. *Op. cit.*, p. 151 et 152. — Sée. *Op. cit.*, p. 62 et suiv. — Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 73 et suiv.

aux articles 28 à 31 de cette loi, articles qu'il faut se remettre en mémoire :

« Art. 28. — Dans toutes les assemblées générales, les délibérations sont prises à la majorité des voix. Il est tenu une feuille de présence ; elle contient les noms et domiciles des actionnaires et le nombre d'actions dont chacun d'eux est porteur. Cette feuille, certifiée par le bureau de l'assemblée, est déposée au siège social et doit être communiquée à tout requérant.

» Art. 29. — Les assemblées générales qui ont à délibérer dans les cas autres que ceux qui sont prévus par les deux articles qui suivent, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social. Si l'assemblée générale ne réunit pas ce nombre, une nouvelle assemblée est convoquée dans les formes et avec les délais prescrits par les statuts, et elle délibère valablement, quelle que soit la portion du capital représenté par les actionnaires présents.

» Art. 30. — Les assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des apports, sur la nomination des premiers administrateurs, sur la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs, aux termes du paragraphe 2 de l'article 24, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. Le capital social, dont la moitié doit être représentée pour la vérification de l'apport, se compose seulement des apports non soumis à vérification. Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une

délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis, publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social.

» Art. 31. — Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. »

Dans toutes ces dispositions le législateur emploie des expressions identiques et ne manifeste en rien l'intention de distinguer entre les diverses catégories d'assemblées et d'exiger pour la tenue de celle qui est prévue à l'article 31 une clause statutaire inutile pour les autres. En effet, du dispositif de la loi on peut extraire, nous dit-on (1), les propositions sui-

(1) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 109, 1re col. — Clément. *Op. cit.*, p. 51 et suiv. — M. Clément reproduit presque littéralement les propositions formulées par M. Thaller et que nous citons. Toutefois, il n'a pas cru pouvoir adopter la rédaction de la première et il l'a modifiée sans le dire ; voici la teneur de sa première proposition : « Une assemblée générale ordinaire ou extra-

vantes, auxquelles nous ne voulons rien changer, de peur d'altérer la pensée des partisans du système que nous exposons :

1° L'assemblée générale, même lorsqu'elle modifie les statuts, n'a pas besoin de l'unanimité des suffrages ;

2° La loi croit devoir établir un *quorum* nécessaire de présence qui forme une limite *minima* légalement obligatoire ;

3° Le *quorum* est du quart du capital pour les assemblées annuelles et subsidiairement disparaît pour une seconde réunion, faute par la première d'avoir atteint le chiffre de présence réglementaire ;

4° Le *quorum* est de la moitié du capital pour les assemblées modificatives des statuts et ici l'absence du nombre voulu n'autoriserait pas une réunion subséquente avec un chiffre d'actions inférieur.

La conjonction *ne que,* contenue dans l'article 31, traduit l'antithèse que le législateur a voulu établir entre la faculté de descendre au-dessous du *quorum* si le premier essai est infructueux dans les assemblées ordinaires et l'impossibilité pour une assemblée extraordinaire de recourir à ce moyen subsidiaire. La présence de la moitié du capital social est toujours nécessaire, même à une seconde convoca-

---

ordinaire délibère à la majorité de ses membres. » On sent une atténuation sur laquelle nous aurons à insister plus tard.

Conf. : Lacour. *Note* précitée au D. 94. I. 314, 1re col. — M. l'avocat général Desjardins. *Conclusions* précitées au D. 94. I. 317, 1re col. — Jacquier. *Op. cit.*, p. 149 et suiv. — Sée. *Op. cit.*, p. 66 et suiv. — Bousquet-Pontié. *Op. cit.*, p. 43 et 44.

tion, mais elle est toujours suffisante, même dans le silence des statuts.

Si, d'ailleurs, on remonte à la source immédiate des dispositions de la loi de 1867, c'est-à-dire aux articles 13 et 14 de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée (1), on est confirmé, assure-t-on, dans cette interprétation libérale des dispositions de la loi de 1867.

Après avoir décidé, dans l'article 13, que « dans toutes les assemblées générales, les délibérations sont prises à la majorité des voix », le législateur fixait, dans une même disposition (art. 14), le *quorum* exigé pour chacune d'elles, y compris les assemblées extraordinaires. C'est donc qu'il assimilait ces dernières aux assemblées ordinaires et aux assemblées constitutives au point de vue des pouvoirs de leur majorité. La chose est d'autant plus notable que, sous des expressions un peu différentes, ce sont les règles édictées aux articles 13 et 14 de cette loi de 1863 qui ont été reproduites dans les articles 28 à 31 de la loi de 1867 (2).

Le législateur de 1867 entendait si peu prohiber toute modification, à moins de clause contraire, que, dans l'article 37, il autorise expressément une altération des plus graves au pacte social. Il dispose, en effet, qu'au cas de perte des trois quarts du capital social, une assemblée générale de tous les

---

(1) On trouvera le texte de cette loi aux *Lois annotées*, de Devilleneuve et Carrette, 5e série, année 1863, p. 73 et suiv.

(2) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 109, 1re col. — Clément. *Op. cit.*, p. 47. — Bousquet-Pontié. *Op. cit.*, p. 45. — Sée. *Op. cit.*, p. 65.

actionnaires doit être convoquée, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. Il s'agit bien là d'une modification, d'une modification que la doctrine considère généralement comme portant atteinte aux bases essentielles ; il faut donc en conclure que l'assemblée générale a le pouvoir de modifier les statuts sociaux : si, en effet, la convocation de l'assemblée des actionnaires est obligatoire au cas de perte d'une quotité du capital social, si une délibération doit nécessairement être provoquée quand la société est sur le bord de l'abîme, il est inadmissible de prétendre, dit-on, que la faculté de se réunir pour statuer sur la question de dissolution, tant que la perte n'aura pas atteint la quotité fixée par la loi, soit refusée à l'assemblée. Si la société a perdu la moitié du capital social et si toute espérance de réparer cette perte doit être abandonnée, la dissolution anticipée de la société est une mesure de prudence et, au contraire, la continuation des opérations sociales, jusqu'au jour où la perte aura atteint les trois quarts, est une véritable folie. Un argument d'analogie permet de s'arrêter au premier parti. Mais alors, et on s'en est déjà aperçu sans doute, on introduit du même coup le principe du pouvoir de modification.

Au surplus, ajoute-t-on (1), si l'on pouvait encore douter de l'esprit qui a présidé à la rédaction des dispositions de la loi de 1867, ces doutes seraient levés par le rapporteur de la loi, M. Mathieu. D'après

(1) Sée. *Op. cit.*, p. 68.

M. Mathieu, l'intention de la commission, chargée d'examiner le projet de loi sur les sociétés, présenté au Corps législatif le 3 mai 1867, aurait été de donner à l'assemblée extraordinaire le pouvoir de modification. M. Mathieu s'exprimait ainsi sur la question des assemblées extraordinaires (1) : « Si l'on appliquait rigoureusement les principes, il faudrait exiger le consentement unanime des actionnaires. Mais cette rigueur conduirait à une impossibilité, et elle doit fléchir sous la nécessité. » Cette intention a reçu une consécration officielle et législative par le vote du Parlement. M. Mathieu, dont on fait valoir l'ancienne mission de rapporteur, pour lui attribuer la qualité d'interprète autorisé de la loi, l'a affirmé à plusieurs reprises (2) et il faut l'en croire.

Par ailleurs, on fait remarquer que si le Parlement ne s'est pas préoccupé de la question des pouvoirs de l'assemblée extraordinaire, en 1893, c'est qu'il s'est toujours rallié au système d'interprétation large de la loi de 1867 ; il a pensé que les assemblées générales sont souveraines et qu'il valait mieux leur

---

(1) Voir le premier rapport fait par M. Mathieu, à la séance du 3 mai 1867, au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur les sociétés, dans : Tripier. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, 2e édit., t. I, n° 398, p. 171.

(2) *Plaidoirie* de Me Mathieu, dans l'affaire du Crédit mobilier, citée par M. l'avocat général Hémar dans ses *Conclusions*, sous Paris, 19 avril 1875. D. 75. II. 165. — Autre *plaidoirie* de Me Mathieu, dans l'affaire de la Société dite de l'Eclairage minéral de l'Allier (Paris, 20 mai 1869. D. 70. II. 12), citée par M. l'avocat général Hémar, dans la même circonstance que précédemment. — Mathieu et Bourguignat. *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, n° 202, p. 178.

laisser cette souveraineté, telle que l'a faite la loi de 1867, sans y rien changer, que d'écrire un texte qui pourrait prêter à des contestations. Les déclarations de M. Thévenet, rapporteur de la loi du 1er août 1893, ont été très formelles à cet égard et ont fait repousser un amendement proposé au Sénat par M. Poirrier, et tendant à conférer expressément à l'assemblée générale, sauf disposition contraire insérée dans les statuts, le droit d'apporter au pacte social toutes modifications ne changeant pas l'objet essentiel de la société (1).

Et puis, après tout, il faut être de son temps ; s'en tenir, encore à l'heure actuelle, à ce système qui exige, en face du silence du contrat, le concours unanime des associés pour modifier une clause, même accessoire, des statuts, c'est se heurter de front à une tendance qui emporte les législations étrangères, la jurisprudence, la doctrine, la pratique vers la solution libérale et dont les manifestations sont nombreuses (2). Si l'on interroge, en effet, les législations voisines, sur la question qui nous occupe, on s'aperçoit que toutes (à l'exception de la législation monégasque cependant) se montrent hostiles au système restrictif et que nulle part l'unanimité n'est requise pour modifier les statuts. L'étendue du pouvoir de modification, les exigences de *quorum* varient à l'infini d'un pays à l'autre, mais il reste toujours que partout on se montre

---

(1) Compte rendu de la séance du 3 juillet 1903 au *Journal officiel*. Sénat, débats parlementaires, S. O., 1893, p. 1028, 1re col.

(2) Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 78 et suiv.

réfractaire à l'idée de refuser aux assemblées générales le pouvoir de modifier (1).

La jurisprudence elle-même, à regret et après bien des hésitations, a suivi le mouvement ; elle a fini par comprendre, autour de 1884, qu'à persister dans l'interprétation étroite qu'elle avait donnée jusque-là de la loi de 1867, elle risquait de paralyser l'essor des sociétés anonymes en les empêchant de faire face aux nécessités de la pratique. Aussi, a-t-elle abandonné ses errements antérieurs ; après s'être affranchie des scrupules qu'éveillait en son esprit le principe posé à l'article 1134 du Code civil, elle a restitué à l'article 31 de la loi de 1867 sa véritable portée. Elle a opéré alors une volte-face, dont nous avons parlé précédemment (2), qui, à défaut de mérites propres, a eu du moins celui d'entraîner une partie importante de la doctrine.

Cette tendance, de plus en plus marquée, vers une solution de nature à donner satisfaction aux besoins de la pratique, s'est manifestée à deux reprises différentes dans les Congrès internationaux des sociétés par actions, tenus à Paris, en 1889 et en 1900.

Dans le premier de ces Congrès, on émit le vœu que « l'assemblée générale pût, sauf dispositions

---

(1) Paul Appelon. *Op. cit.*, p. 80 et suiv. — Toute cette partie du travail de M. Appleton constitue une excellente étude de droit comparé et mérite d'être consultée. L'auteur ne se borne pas à traduire en français les dispositions des Codes étrangers, il les étudie véritablement en s'aidant des travaux législatifs et des œuvres des commentateurs étrangers.

(2) *Vide supra*, p. 274 et suiv.

contraires, apporter aux statuts des modifications sans pouvoir changer l'objet essentiel de la société (1) ».

En 1900, le principe même du pouvoir des assemblées extraordinaires est à peine discuté et il ne soulève aucune objection ; à ce point que le président du Congrès se borne à rappeler le vœu émis en 1889 et que la résolution prise a trait uniquement à l'étendue du droit des assemblées extraordinaires : « On ne doit pas accorder aux assemblées générales d'actionnaires le pouvoir illimité de modifier les statuts à la majorité (2). » Le principe était hors de conteste et le Congrès ne s'est guère préoccupé que de son étendue d'application, et, dans cet ordre d'idées, il s'est prononcé contre l'omnipotence, le pouvoir illimité.

Il est donc démontré, prétend-on, que l'opinion large est seule en harmonie avec les aspirations des hommes d'affaires et avec l'état actuel de la science juridique et on ajoute, pour vaincre les dernières hésitations, qu'elle est seule capable de se concilier avec les besoins du commerce et de l'industrie.

Comment peut-on admettre que, dans le silence des statuts, la majorité ne puisse prendre les décisions d'aussi minime importance que les changements dans l'organisation primitive, dans la gestion

---

(1) *Congrès international des sociétés par actions, tenu à Paris du 12 au 17 août 1889*, résolution n° 17, votée par la section de droit intérieur. — Compte rendu sténographique, Paris, Arthur Rousseau, 1889, p. 139 et suiv.

(2) *Congrès international des sociétés par actions, tenu à Paris du 8 au 12 juin 1900*, 14e résolution. — Compte rendu sténographique, Paris, Arthur Rousseau, 1900, p. xxxi.

et l'administration intérieure ; et quant aux votes plus décisifs pour l'avenir de la société, comment soutenir qu'un seul actionnaire dissident puisse en entraver la réalisation ? C'est introduire, au sein de la société anonyme, le droit de veto des diètes polonaises et, du même coup, compromettre la marche de l'entreprise, enrayer son fonctionnement et peut-être même contraindre les actionnaires impuissants, à assister à la ruine de la société, sans leur permettre d'éviter la catastrophe par une mesure opportune (1).

« Comment subordonner d'une manière absolue, s'écrie M. l'avocat général Desjardins (2), au caprice de chaque actionnaire ce pouvoir délibérant de la collectivité ? Un contre mille ! Un contre dix mille ! et tout est paralysé. Cet amendement aux statuts, qui, sans toucher aux bases essentielles, imprimerait un nouvel essor aux affaires sociales est condamné d'avance ! La société périra plutôt que le principe de l'adhésion unanime ! N'apercevez-vous pas les complots qui vont aussitôt s'ourdir ! Les marchés honteux qui s'apprêtent ? Vous plaît-il d'encourager les intrigants et les fripons qui, sachant leur concours indispensable, auront un vote à vendre. »

Ainsi on finit en disant : l'absurdité pratique de la solution restrictive saute aux yeux et cela seul suffirait à la condamnation d'un système qui produit de telles conséquences.

---

(1) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 109, 1re col. ; *Traité...*, 2e édit., n° 696, p. 368. — Clément. *Op. cit.*, p. 49. — Jacquier. *Op. cit.*, p. 146 et suiv. — Sée. *Op. cit.*, p. 68. — Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 90 et suiv.

(2) *Conclusions* précitées au D. 94. I. 317, 1re col.

En résumé, les partisans de l'opinion libérale soutiennent que le pouvoir des assemblées extraordinaires découle de la nature juridique des sociétés anonymes, de ce qu'ils appellent la *personnalité interne* de ces sociétés. Ils ajoutent qu'il est expressément consacré par notre législation commerciale, qui est ainsi en rapport avec l'état actuel de la science du droit et avec les nécessités pratiques.

Si, maintenant, nous demandons aux partisans du pouvoir de l'assemblée, quelle est l'étendue de ce pouvoir, la réponse ne se fait pas à l'unisson. Aussi, sans entrer dans des détails qui dépasseraient les limites de ce travail et au demeurant seraient inutiles, nous nous bornerons à exposer brièvement les solutions proposées par M. Thaller et par M. Appleton.

Ces deux auteurs repoussent, avec raison à notre avis, une théorie audacieuse soutenue au lendemain de la loi de 1867 par le rapporteur de cette même loi. M. Mathieu qui, on s'en souvient, se prononçait en faveur du pouvoir de modification, émit cette opinion qu'il n'existe pas de restrictions à la règle et que les droits de l'assemblée sont absolument illimités (1). M. Mathieu ne s'est pas aperçu que si la société, par l'organe de la majorité, peut décider tout ce qui lui plaira, c'est que l'actionnaire est complètement annihilé. Le contrat s'analyserait en définitive en une abdication complète par l'associé

(1) *Plaidoirie* de Me Mathieu, dans l'affaire du Crédit mobilier, citée par M. l'avocat général Hémar, dans ses *Conclusions*, sous Paris, 19 avril 1875. D. 75. II. 161. — Mathieu et Bourguignat. *Commentaire de la loi des 24-29 juillet 1867*, no 202, p. 178.

de tous ses droits, et par suite son objet serait illicite puisqu'il aboutirait à l'aliénation entière de la liberté d'un contractant (1).

Et il ne faut pas regretter que les principes conduisent à faire rejeter ce système ; imaginerait-on que l'assemblée générale, souveraine à tous égards, puisse transformer l'objet de l'entreprise au point de substituer l'exploitation d'une boulangerie à une société d'assurances ? Imaginerait-on encore que l'assemblée générale pût, à la majorité fixée à l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, contraindre un actionnaire à augmenter son apport dans des proportions qu'elle-même fixerait ?

Voilà, en effet, les abus auxquels donnerait lieu, dans la pratique, l'application du principe de l'omnipotence absolue de l'assemblée. Autant vaudrait mettre le pied sur une galère que souscrire ou acheter une action dans une société anonyme quelconque.

M. Thaller et M. Appleton, qui s'inquiètent beaucoup, trop peut-être, des considérations pratiques, ne songent pas (2) à relever cette opinion, tombée dans l'oubli dès sa naissance, sans laisser aucun écho dans la doctrine ni dans la jurisprudence ; ils pensent, au contraire, qu'il ne peut appartenir à l'assemblée d'apporter à la société des changements quelconques, qu'il y a une distinction à établir. Mais il faut remarquer, au préalable, que l'un et l'autre se

---

(1) *Conf.* : Article 1780, alinéa premier, Code civil.

(2) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 109, 1re col. — Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 115.

sont placés en dehors du domaine de l'article 1134 du Code civil pour établir leur principe, par suite, ils ne traitent pas la règle posée par eux, en ce qui concerne le pouvoir des assemblées, comme une dérogation aux principes généraux, dérogation à laquelle il faudrait appliquer une interprétation restrictive.

Suivant M. Thaller (1), c'est de la nature propre de la société anonyme qu'il faut se pénétrer pour établir le principe, c'est encore l'examen de cette nature propre, de la structure de la société anonyme, qui permettra de fixer la portée de ce principe.

La société anonyme a une existence corporative, elle jouit de l'autonomie vis-à-vis de chacun des facteurs qui la composent, elle est une personne au même titre qu'un individu commerçant. Elle pourra, par conséquent, accomplir tout ce qu'un individu commerçant pourrait faire lui-même sans que son établissement perde son identité : changement du personnel de direction, changements d'ordre intérieur ayant trait à la clôture des livres, à l'échéance annuelle des coupons, à l'époque de la tenue des assemblées périodiques, modifications au capital social, à la durée de la société (2), à la répartition des

---

(1) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 110, 1re col.

Conf. : Clément. *Op. cit.*, p. 57 et suiv. — Jacquier. *Op. cit.*, p. 155 et suiv. — Bousquet-Pontié. *Op. cit.*, p. 57 et 58. — Lacour. *Note* précitée au D. 94. I. 314, 1re col. — M. l'avocat général Desjardins. *Conclusions* précitées au D. 94. I. 318, 1re col. — Bouvier-Bangillon. *Op. cit.*, p. 124.

(2) M. Thaller reconnaît que cette solution relative à la durée de la société serait discutable, si l'on s'en tenait à son principe que

bénéfices. En un mot, l'assemblée pourra faire subir à l'exploitation tous ces remaniements qui altèrent seulement le mode d'action d'une maison restée semblable à elle-même et qui continue son cours. La société peut apporter à ses conditions de marche tel amendement qu'elle voudra à la seule condition de rester elle-même. C'est cette condition qui servira de criterium pour distinguer les délibérations permises de celles qui ne le sont pas : les mesures, qui ne peuvent être prises sans excès de pouvoir par l'assemblée, sont celles qui tendraient au fond à anéantir l'ancienne société, à l'effet de la remplacer par une autre : un nouveau statut est nécessaire, avec l'unanimité de tous ceux à qui ce statut doit s'appliquer.

En effet, si la société anonyme est investie de la personnalité, il est bien difficile d'oublier que c'est d'une façon relative : c'est le but économique d'une société qui justifie l'élévation de celle-ci à la personnalité. Permettre de changer ce but serait en quelque sorte autoriser le suicide de cette nouvelle personne. On peut bien provoquer la naissance d'un nouvel être juridique, d'une nouvelle société ; mais l'existence de cet être, que constituait la société primitive, ne peut pas échapper alors à une solution de continuité.

---

l'assemblée peut apporter aux statuts tel amendement qu'elle voudra, à condition de rester elle-même ; mais fort heureusement l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 a enlevé tout intérêt à la controverse, en plaçant les modifications à la durée de la société dans les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire. (Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 113, 1re col.)

Dans cet ordre d'idées, M. Thaller interdit à l'assemblée des actionnaires toute délibération tendant à changer l'objet de l'entreprise ou la nature de la société. Une société anonyme de crédit ne pourra pas se transformer en une société d'éclairage, elle ne pourra pas davantage se convertir en une société en commandite par actions.

Voilà la première limite aux pouvoirs de l'assemblée, il y en a une seconde (1) et la voici : dans la société anonyme, chaque associé a des droits inhérents à sa personne ou à son titre, des droits non syndiqués auxquels la collectivité que représente l'assemblée ne peut porter atteinte. Et la source de ces *droits propres de l'actionnaire* (2) est dans le contrat lui-même. La personne qui constitue la société anonyme « ne se forme pas en l'air, mais bien sur des assises conventionnelles ».

« Sous le statut général qui sert de charte de

---

(1) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 113, 2e col.

Conf. : Clément. *Op. cit.*, p. 59 et suiv. — Jacquier. *Op. cit.*, p. 156 et 157. — Bousquet-Pontié. *Op. cit.*, p. 58. — Lacour. *Note* précitée au D. 94. I. 315, 2e col. — Bouvier-Bangillon. *Op. cit.*, p. 124 et 125.

(2) Cette théorie des droits propres de l'actionnaire (*Die Sonderrechte des Aktionœrs*) a pris naissance et s'est développée en Allemagne. Voir Primker dans Endemann. *Handbuch des Handelsrechts*, t. I, p. 567 à 575. — *Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung und Anlangen*, Berlin, 1883, p. 233 et suiv. — Bing. *La société anonyme en droit allemand*, p. 241 et suiv.

Voir aussi deux ouvrages récents sur la question parus, l'un en Suisse : *Die Sonderrechte des Aktionœrs*, th. doct. de l'Université de Zurich, par Gottlieb Bachmann ; l'autre en Italie : *I diritti individuali degli azionisti*, par Alberto Vighi, professeur à l'Université de Camerino. On trouvera une courte notice consacrée à ces deux derniers ouvrages dans les *Annales de droit commercial*, 1903, I p. 63 et 64.

conduite à la société, le regard perçoit autant de contrats particuliers que de souscripteurs, de contrats rédigés peut-être en une commune formule, mais qui n'en font pas moins de chaque adhérent un stipulant qui limite sa prestation et regarde la société, l'être moral, comme sa contre-partie. L'actionnaire, sans doute, a consenti à se laisser enchaîner, mais pas au delà d'un certain cercle que le contrat de souscription a précisément pour but de tracer. S'il y a, comme tout porte à le croire, un véritable contrat synallagmatique entre la société, c'est-à-dire le tout, et l'actionnaire, c'est-à-dire l'individu, l'une des parties contractantes, le tout représenté par l'assemblée, est sans pouvoir pour dénaturer après coup ce contrat, et mettre à la charge de la partie opposée des obligations que celle-ci n'avait pas assumées dès le début. Depuis quand a-t-on vu une convention se défaire par la volonté unilatérale de l'une des parties qui l'ont signée ? (1) »

Reste à déterminer ces droits propres de l'actionnaire. M. Thaller procède alors à une énumération (2) au cours de laquelle nous relevons le droit acquis à traiter avec une société régulière, le droit acquis à ne pas être exclu de la société sans compensation quand les autres actionnaires y restent, le droit à ne pas laisser les autres s'arroger le produit naturel de sa part, à se faire attribuer un dividende si l'exercice

---

(1) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 113, 2e col.

(2) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 114, 1re col.

Conf. : Clément. *Op. cit.*, p. 61 et 62. — Jacquier. *Op. cit.*, p. 157. — Bousquet-Pontié. *Op. cit.*, p. 59 et 60. — Lacour. *Note* précitée au D. 94. I. 315, 2e col.

se solde en bénéfice (1), le droit à limiter son risque au montant nominal de son action, c'est-à-dire à refuser toutes nouvelles prestations en dehors de celles qui ont été assumés originairement par l'actionnaire, droit acquis à garder ou à négocier son titre.

M. Appleton est d'avis, comme M. Thaller, qu'en créant une société anonyme, on a donné naissance à un être vivant qui a un but, et que pour atteindre ce but cet être doit pouvoir évoluer et se modifier ; mais ce n'est pas dans cette idée qu'il recherche la mesure du pouvoir de modification et sur ce dernier point le disciple s'écarte délibérément du maître (2).

En effet, M. Appleton (3), après avoir procédé à une étude approfondie des législations étrangères, constate que toutes reconnaissent à l'assemblée générale un pouvoir presque sans limites, qu'à tout le moins elles se montrent très larges. En France, pour échapper au régime restrictif qui prévaut généralement, les rédacteurs d'actes de société cherchent à prévoir, sans s'arrêter aux points secondaires, toutes les modifications dont la société peut avoir besoin, pour les autoriser expressément. Ce qu'il faut trouver, pour satisfaire la pratique, c'est un système très libéral dans lequel les clauses que l'on

---

(1) En ce sens : Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 114, 1re col. — Bousquet-Pontié. *Op. cit.*, p. 60 et 112. — Durandy. *Les assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes*, th. doct., Aix, 1893, p. 121.

Contra : Clément. *Op. cit.*, p. 135 et suiv. — Jacquier. *Op. cit.*, p. 184 et suiv.

(2) Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 200 et suiv.

(3) *Ibidem*, p. 173 et suiv.

qualifie généralement d'essentielles ne seront pas intangibles.

Or précisément dans l'état actuel de notre droit, à s'en tenir aux dispositions législatives qui régissent la la matière, il est impossible de ne pas attribuer aux assemblées générales les plus larges pouvoirs pour modifier les statuts, si l'on veut bien prendre garde que l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 qui prévoit certains changements pour les autoriser, établit sur le même plan d'une part les modifications et d'autre part les propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée ou de dissolution avant ce terme. Or ne sont-ce pas des modifications essentielles que celles qui ont pour résultat, en définitive, de mettre un terme au contrat, d'éteindre la société d'une façon prématurée ou, au contraire, d'enchaîner un actionnaire à une société pour une durée en dehors de ses prévisions ? Il y a même dans ces résolutions, que l'article 31 autorise, quelque chose d'autrement grave qu'une modification dans le capital social ou dans la répartition des bénéfices, et ces deux dernières mesures, en vertu d'un argument *a fortiori* et malgré le silence du législateur, devraient être déclarées licites.

Si l'on en pouvait encore douter, il suffirait de se rappeler l'incident (1) qui s'est élevé, au cours des travaux préparatoires, entre M. Thévenet, rapporteur de la loi du 1er août 1893 au Sénat, et M. Poirrier, au sujet de l'amendement proposé par ce dernier, et qui a démontré, une fois de plus, que l'intention

(1) *Vide supra*, p. 275.

constante du législateur a été de reconnaître à l'assemblée un pouvoir souverain.

Du reste, la loi du 9 juillet 1902 vient nous contraindre à admettre la solution libérale en ce qui touche la modification au capital social et à la répartition des bénéfices ; et en effet, en donnant aux assemblées extraordinaires, même dans le silence des statuts, le droit de créer des actions de priorité, elle met en question l'augmentation du capital social et le changement à la répartition des bénéfices, et implicitement elle proclame que de tels changements sont licites.

De tous ces textes se dégagent, pour M. Appleton, ces deux idées à savoir : la première, les modifications aux statuts sont autorisées d'une manière générale ; la seconde, parmi ces modifications expressément autorisées, il en est de si importantes que d'ordinaire on les qualifie d'essentielles. Et M. Appleton en conclut que l'assemblée générale a les pouvoirs les plus larges pour modifier les statuts : en principe tout lui est permis.

Toutefois, nous l'avons déjà dit, M. Appleton, pas plus que M. Thaller, ne se prononce en faveur d'un pouvoir sans limites. Il y a des restrictions, à la recherche desquelles M. Appleton procède d'une façon rationnelle, et pour cela il dirige ses investigations dans les trois domaines suivants : la loi, le contrat, les principes généraux du droit.

Du côté de la loi (1), il rencontre deux principes qui sont généralement admis mais auxquels il ne

(1) Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 196 et suiv.

trouve aucune base juridique, c'est celui de l'égalité générale entre actionnaires, et la théorie des droits propres de l'actionnaire, que son imprécision et son incertitude l'empêchent d'adopter. En fin de compte, il est amené à dresser au sortir de ce domaine un procès-verbal de carence.

C'est donc ailleurs qu'il faut chercher les droits de l'actionnaire, sur lesquels l'assemblée ne pourra pas porter la main. L'examen de la volonté des parties (1) nous en fait connaître plusieurs catégories. Il en est une, tout d'abord, qui ne peut faire de doute, c'est celle qui comprend les droits dérivant d'une stipulation expresse des parties ; le contrat de souscription peut, en effet, contenir par exemple une clause fixant la répartition des dividendes et interdisant d'y rien changer. Ces stipulations peuvent varier à l'infini avec chaque société et on ne peut songer à en dresser une énumération.

Il est d'autres restrictions qui dérivent de l'objet même du contrat passé entre le souscripteur et la société qui se forme. Or ce contrat qui n'est autre que le contrat de souscription, a pour objet « de conférer à la personne qui souscrit, moyennant des prestations limitativement déterminées, la propriété libre et irrévocable d'un certain nombre d'actions et c'est tout ». La société ne pourra donc pas augmenter les prestations dues par l'actionnaire, elle ne pourra pas davantage enlever ou restreindre le droit de libre disposition de ses titres, droit qui appartient à tout actionnaire ; mais elle aurait incon-

(1) Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 211 et suiv.

testablement compétence pour modifier son capital, la durée de la société, la répartition des bénéfices, aucun obstacle ne s'élève contre ces mesures du chef du contrat.

Il y a enfin une troisième catégorie de restrictions qui trouvent leur source dans le contrat, dans certains droits expressément conférés dans les actes et d'une façon si habituelle qu'on peut les considérer comme les droits communs de tous les actionnaires, il en est ainsi du droit de vote à l'assemblée.

Et ce n'est pas tout, M. Appleton poursuit ses investigations, en pénétrant dans le troisième domaine (1), celui des principes généraux, et ici encore il se heurte à deux sortes de limites. La première lui est fournie par cette réflexion très rationnelle que si la société anonyme est un être vivant et, à ce titre, peut évoluer et se modifier, c'est en prévision d'un but qu'elle ne peut pas changer, en vue d'une destination économique dont elle ne peut pas s'écarter du tout au tout ; il s'ensuit que la société, si elle peut décider de restreindre ou d'étendre le cercle de ses opérations, n'a pas le droit néanmoins de transformer complètement l'objet de l'entreprise, comme il arriverait au cas où l'assemblée ferait d'une compagnie de tramways une société de banque. La seconde limite résulte de ce que les modifications ne doivent pas porter atteinte au principe de l'égalité qui doit régner entre actionnaires de la même catégorie (2) et s'oppose

---

(1) Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 232 et suiv.

(2) Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 214 et suiv. — Cet auteur, développant une idée émise par M. Thaller (*Note* précitée au D. 93. I. 110,

notamment à ce que, à la veille d'une émission, les gros actionnaires décident à la majorité que seuls les titulaires de cinq actions jouiront d'un droit de préemption à un taux de faveur sur les actions nouvelles.

Nous avons résumé, aussi exactement qu'il nous a été possible, cette théorie, neuve encore, à laquelle M. Thaller a attaché son nom. Sans plus tarder, nous ne ferons nulle difficulté pour reconnaître l'excellence du système en législation pure, reste à examiner si nous pouvons l'admettre et en faire notre profit d'une façon immédiate.

II

CRITIQUE

Il est un point déjà sur lequel nous avons pris parti (1) et il concerne les assises du système. Si nous avions accepté cette conception de la personnalité interne, que M. Thaller a cru découvrir dans la société anonyme, plus généralement dans les sociétés par actions, nous écouterions volontiers une théorie qui met en œuvre cette conception et modèle, dans des limites à fixer, l'existence d'une société anonyme sur la vie d'un négociant à la tête d'une entreprise commerciale.

2e col.), rectifie la théorie de l'égalité entre actionnaires, telle qu'on la conçoit communément, et lui donne sa juste expression.

(1) *Vide supra*, p. 21 et suiv.

Mais, précisément, nous n'avons pas cru pouvoir nous rallier à cette ingénieuse théorie de M. Thaller ; après avoir pesé les motifs, les arguments juridiques, en bien petit nombre du reste, que le savant auteur nous propose, nous avons été amené à conclure que la théorie offerte à notre conviction est une construction *a priori,* sans appui dans notre législation actuelle. Nous nous sommes arrêté à cette idée, funeste peut-être au point de vue pratique, mais vraie à notre sens, que la loi du 24 juillet 1867, achevant une évolution commencée avec notre Code de commerce de 1807, avait fait de la société anonyme un contrat étroitement réglementé à coup sûr, mais enfin un contrat.

Notre désaccord avec M. Thaller et son école a donc pour point de départ une divergence fondamentale sur la nature juridique de la société anonyme ; on comprendra facilement que si nous n'admettons pas l'existence, en dehors des actionnaires, d'un être supérieur, jouissant d'une autonomie vis-à-vis des facteurs qui le constituent, capable de se mouvoir par lui-même, nous soyons rebelle en principe à toute altération du pacte social, en dehors d'un assentiment unanime. Si nous repoussons le principe, il est de toute évidence que nous ne pouvons pas accepter les déductions que l'on en tire.

Est-ce à dire que notre tâche est terminée par cette fin de non-recevoir que nous pouvons opposer sur le seuil même du sujet à l'argument capital de nos adversaires ? Nous ne le pensons pas et pour deux raisons.

La première est que la théorie de M. Thaller rallie

tous les jours de nouveaux suffrages, la jurisprudence elle-même, sans en avoir conscience sans doute, tend de plus en plus à en admettre les conséquences, bien qu'elle résiste à consacrer la personnalité interne de la société anonyme ; quant aux auteurs, et ils sont nombreux, qui se montrent réfractaires, si, au point de vue légal, cette nouveauté ne leur dit rien qui vaille, ils ne cessent de louer l'ingéniosité et l'harmonie du système. Quand une théorie reçoit un tel tribut d'éloges et d'adhésions, elle mérite bien qu'on passe condamnation un instant sur certains points, même sur l'idée maîtresse, pour pénétrer dans l'intérieur du système, l'examiner en son entier, voir si celui-ci est véritablement homogène.

Et voici la seconde de nos raisons. M. Thaller, dans ses constructions originales, a toujours eu le souci du texte, il ne veut pas écrire en marge du Code, et nous avons vu, sur le sujet qui nous occupe, qu'il affirmait trouver une réponse directe à la question dans la loi du 24 juillet 1867. Or, que l'on s'attache à la notion de contrat, ou au contraire à celle d'une personne superposée aux associés et à ce titre autonome, une argumentation basée sur un texte pourrait peut-être constituer un terrain d'entente et nous rapprocher ; c'est même là le point de contact entre la théorie (conservons l'expression, elle est consacrée par l'usage) de la jurisprudence et celle de M. Thaller. D'ailleurs, du même coup, il nous sera permis de fournir sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, les explications que nous avons ajournées jusqu'ici.

Notons tout d'abord que M. Thaller échappe à la critique, toute de forme du reste, que l'on peut faire à la jurisprudence.

Celle-ci, quand elle s'est avisée de chercher dans la loi une justification, a invoqué l'article 31 de la loi de 1867. On connaît le prescrit de cet article ; il est impossible d'y découvrir une allusion, même la plus discrète, aux pouvoirs de l'assemblée, ni surtout l'indication qu'ils comprennent celui de modifier les statuts ; il n'a pas d'autre but que de fixer le *quorum* nécessaire dans le cas où l'assemblée générale, en ayant le pouvoir, statue sur les modifications à y apporter. La jurisprudence a isolé ce texte de ceux qui le précèdent. M. Thaller le raccorde avec les articles 28, 29, 30, surtout avec l'article 28.

De ces dispositions, le savant auteur extrait les quatre propositions que nous avons reproduites (1). Eh bien, nous admettons la teneur de ces quatre propositions, encore que la rédaction de la première nous semble tendancieuse et que nous lui préférions celle qu'a donnée M. Clément ; et nous avouons n'être pas convaincu.

A supposer, ce qui n'est pas, que la loi dise en propres termes que l'assemblée générale, même lorsqu'elle modifie les statuts, n'a pas besoin de l'unanimité des suffrages, en résulterait-il que le législateur se serait placé dans une hypothèse où les statuts seraient dénués de toute clause ? Rien ne l'indique. Les articles 28 et suivants précisent dans quelles conditions s'opérera le fonctionnement des

(1) *Vide supra*, p. 325 et suiv.

assemblées lorsqu'elles seront réunies, mais quand y aura-t-il lieu à assemblée extraordinaire? Faudra-t-il ou non, pour que celle-ci puisse se réunir, une clause expresse de l'acte de société ? Les dispositions que l'on invoque ne tranchent pas la question. Si nous avons transcrit dans leur intégralité les articles 28 à 31 de la loi de 1867, c'est que nous sommes convaincu, que, si l'on avait pris l'ensemble de ces dispositions pour en dégager l'esprit, au lieu de chercher uniquement la consécration d'un système, on aurait été amené à cette conclusion que le législateur a résolu la question de forme et en aucune manière la question de fond.

En effet, la règle de la majorité dans les assemblées, la rédaction et le dépôt d'une feuille de présence certifiée par le bureau de l'assemblée, les exigences, variables suivant les cas, de la représentation du capital pour la validité des assemblées, qu'est-ce que tout cela, sinon une réglementation minutieuse de ce qui concerne la forme des délibérations ? Quand il s'agit de fixer la compétence des assemblées ordinaires et des assemblées constitutives, nos adversaires ont-ils jamais eu la pensée de se reporter à ces articles? Non; ils ont fait appel à d'autres dispositions de la même loi (art. 25, al. 1er, 27, al. 3, 32, 34, loi du 24 juillet 1867), aux principes de la matière, mais ils n'ont pas demandé aux articles 28 à 31 la solution d'une question qu'ils reconnaissent n'avoir pas été prévue sous ces articles. Pourquoi agir différemment quand il s'agit des assemblées modificatives? Si ces articles 28 à 31 ne constituent qu'une sorte de règlement intérieur

des assemblées, ne doivent-ils pas conserver ce caractère quelle que soit la nature de l'assemblée ?

Ce qui achève de démontrer que ce sont nos adversaires qui se méprennent sur la portée de ces articles, c'est la genèse de ces mêmes articles : tout le monde reconnaît que le législateur de 1867 n'a fait que reproduire les dispositions des articles 13 et 14 de la loi du 23 mai 1863, et qu'il en a conservé l'esprit, sinon la lettre. Or, veut-on savoir comment le rapporteur de la loi de 1863, M. du Miral, s'exprimait au Corps législatif sur l'objet de ces dispositions? Le voici : « Les articles 12, 13, 14 règlent avec clarté ce qui est relatif *à la tenue* des assemblées. Ils distinguent avec raison les assemblées dans lesquelles, à cause de l'importance de l'objet, la moitié du capital au moins doit être représentée, de celles auxquelles tous les actionnaires sont nécessairement admis avec voix délibérative. Cette dernière disposition a un caractère libéral et moral qui ne vous échappera pas (1). » Est-ce assez explicite ?

On objecte que, si l'intention du législateur était en 1863 celle que nous indiquons, en 1867 on a changé tout cela, et l'on croit en trouver une preuve

---

(1) Devilleneuve et Carrette. *Lois annotées*, 5e série, année 1863, p. 80. — L'exposé des motifs caractérisait les dispositions qui sont devenues les articles 12, 13 et 14 dans des termes à peu près analogues : « Le projet contient quelques dispositions essentielles sur la *composition* des assemblées générales, sur la *portion de capital* qui doit y être représentée, selon l'importance des objets de leurs délibérations et sur leur périodicité. »

décisive dans un passage du rapport de M. Mathieu, où il est affirmé, en effet, que la nécessité a fait fléchir la rigueur du principe qui exigerait le consentement unanime des actionnaires. Mais tout d'abord, il y a peut-être contradiction (1) à se retrancher derrière le témoignage de M. Mathieu quand il s'agit d'établir le principe, puis à écarter ce témoignage, comme le fait l'école de M. Thaller, en ce qui touche l'étendue du pouvoir de modification. L'opinion de M. Mathieu est en quelque sorte indivisible, on ne peut y puiser à son gré ce qui convient à une théorie et négliger le surplus. En dehors de cela, l'opinion du rapporteur de la loi, si elle jouit d'une valeur considérable pour l'ordinaire, est sans force en l'espèce, puisque la commission elle-même s'en référait à la loi de 1863 et la consacrait à nouveau dans son esprit (2).

En dehors des réflexions de M. Mathieu, réflexions

---

(1) Ne serait-ce pas précisément la crainte de ce reproche qui aurait déterminé M. Thaller à dénier (Voir Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 109, 1re col.) toute valeur à l'opinion de M. Mathieu sur la portée des articles 28 à 31 de la loi du 24 juillet 1867.

(2) L'opinion de M. Mathieu eût-elle l'autorité qui s'attache à la qualité de rapporteur de la loi de 1867, qu'il ne faudrait pas se hâter de triompher. Un exemple entre beaucoup nous est fourni par l'application de la loi du 9 juillet 1902. Lorsque s'est posée la question de savoir si cette nouvelle loi s'appliquait aux sociétés existantes, la doctrine et la jurisprudence, nous l'avons vu (*supra*, p. 297, note 2), ont été d'accord pour ne tenir aucun compte de l'opinion de M. Girard, rapporteur de la loi. Et pourtant, à n'en pas douter, cela ressort du rapport fait par ce dernier, dans l'intention de la commission, la loi devait avoir un effet rétroactif. Mais cela n'a pas été dit expressément dans la loi et on a pensé qu'une disposition législative était nécessaire pour déroger à un principe aussi certain que celui de la non-rétroactivité des lois.

dont nous savons maintenant l'autorité, nos adversaires ne peuvent pas invoquer en leur faveur les travaux préparatoires.

Reprenant l'argumentation juridique en partant de notre point de vue, nous allons constater combien fort est l'appui qu'elle donne à la solution restrictive.

En 1867, la société anonyme apparaissait au législateur comme un contrat auquel tous les principes généraux étaient applicables, en dehors d'une réglementation particulière ou d'une dérogation expresse. D'après l'article 1134 du Code civil, un principe essentiel est celui-ci : les conventions une fois conclues ne peuvent être révoquées ou modifiées que du consentement des parties; à un moment où la société anonyme n'avait pas acquis l'extension qu'elle possède actuellement, on pouvait penser que l'application du principe de l'article 1134 se justifiait encore en notre matière, à tout le moins, la controverse était possible. Si la solution libérale a été consacrée, en réalité elle constituait un véritable bouleversement, elle a dû se montrer sous le jour d'une dérogation au principe que nous signalons, dérogation dont l'opportunité a dû être vivement discutée et qui, en fin de compte, doit être exprimée formellement dans la loi. Une disposition quelconque de la loi de 1867 doit faire un échec au principe de l'article 1134 du Code civil.

Les choses auraient dû se passer de la sorte ; au lieu de cela, nous constatons le silence le plus absolu des travaux préparatoires et l'absence de texte

formel. On peut parcourir les discussions (1) qui ont précédé, au Corps législatif, le vote de la loi du 23 mai 1863 et de celle du 24 juillet 1867, on ne trouve aucune réponse, aucune allusion à la question du pouvoir des assemblées extraordinaires. Ce problème ne paraît même pas avoir été soupçonné. Rien, dans les travaux préparatoires, n'autorise à croire que le législateur entendait permettre à l'assemblée de modifier les clauses statutaires en l'absence d'une stipulation à cet effet. Quant à une manifestation précise de la volonté du législateur dans l'œuvre qui est sortie de ses mains, il est superflu d'ajouter, après l'étude des articles 28 à 31 de la loi de 1867, que nulle part on ne peut la découvrir.

Naturellement, nous comptons pour rien l'argument que l'on prétend tirer, en faveur du système libéral, de l'article 37 de cette même loi.

De ce que cette disposition autorise l'assemblée, dans un cas déterminé, à prendre à la simple majorité une mesure aussi importante que la dissolution anticipée de la société, si on peut conclure qu'il y a là une reconnaissance implicite du pouvoir de l'assem-

---

(1) En ce qui concerne la loi du 23 mai 1863, voir le compte rendu des séances des 4 et 5 mai 1863 au Corps législatif, au *Moniteur*, nos des 5 et 6 mai 1863.

En ce qui concerne la loi du 24 juillet 1867, voir Tripier. *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, 2e édit. On trouvera réunis dans cet ouvrage tous les documents préparatoires de la loi de 1867 (exposé des motifs, rapports, procès-verbaux des discussions au Corps législatif). — Voir aussi l'appendice au *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, de M. Bédarride. Nous signalons toutefois que cet auteur n'a pas cru devoir faire figurer, au nombre des documents législatifs, le compte rendu des discussions qui ont précédé le vote de la loi.

blée, on peut avec non moins de logique en tirer cette conséquence, qu'apparemment la prévision de cette hypothèse serait inutile s'il était vrai que les modifications sont possibles dans le silence du pacte social. L'indication d'une exception n'est-elle pas limitative et exclusive ? On voit que l'article 37 est une arme à double tranchant. Et même nous osons dire que de ces deux interprétations, la nôtre doit être préférée comme plus solide au point de vue juridique : nos adversaires, en effet, usent d'un raisonnement par voie d'analogie, toujours dangereux, pour sortir du droit commun, ce qui est un tort incontestable, alors que, de notre côté, nous invoquons un argument *a contrario* qui a cet avantage de nous faire rentrer sur le domaine de ce même droit commun dont l'article 1134 du Code civil est l'une des règles.

Et aussi bien, la faiblesse de l'argumentation juridique présentée par M. Thaller a été fort bien sentie par M. Appleton (1), le seul peut-être des disciples, qui n'ait pas abdiqué sa personnalité en adhérant à la nouvelle théorie.

En abordant l'opinion, qu'il fait sienne, d'après laquelle les assemblées générales d'actionnaires ont, de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'une clause statutaire, le pouvoir de modifier le pacte social, M. Appleton s'exprime ainsi : « Les raisons par lesquelles on a coutume de la justifier ne sont pas

---

(1) Paul Appleton. *Du droit pour les assemblées extraordinaires dans les sociétés par actions, de modifier les statuts sociaux*, th. doct., Lyon, 1902, p. 61 et suiv.

celles que nous considérons comme les plus importantes. Les auteurs, qui la défendent, insistent surtout, parfois même ils s'appuient uniquement, sur des considérations d'ordre juridique dont la valeur est très discutable et que nous nous bornerons à rappeler d'un mot. » Et M. Appleton, après avoir examiné ces arguments d'ordre juridique, reconnaît à tout le moins qu'ils sont à double effet, il en fait bon marché et, sans hésitation, il les jette par-dessus bord : « Ce n'est donc pas dans les textes, conclut-il, que l'on pourra trouver une raison décisive pour prendre parti (1). »

Cet aveu nous suffit, car si la loi de 1867, loi spéciale, est muette sur notre question, n'est-ce pas aux principes généraux qu'il faut revenir ? C'est cette règle qui inspirerait la conduite de l'interprète en toute autre matière, pourquoi s'en écarter ici ? Nous savons qu'on (2) reproche au législateur de n'avoir pas expressément déclaré, en 1867, que son intention était de maintenir ici comme ailleurs le principe de l'immutabilité des contrats. Le reproche fait sourire ; fallait-il pas vraiment que le législateur, en prévision d'une controverse que rien n'annonçait, allât manifester expressément une volonté que révèlent les principes les plus élémentaires de l'interprétation juridique ?

La solution restrictive, qu'on le remarque bien, n'était alors mise en doute par personne. Pendant longtemps l'unanimité de la doctrine était telle que

---

(1) Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 65.
(2) *Ibidem*, p. 53.

M. L. Lyon-Caen pouvait la constater en ces termes qui ne soulevaient alors aucune protestation : « Tout le monde est d'accord aujourd'hui... que l'article 31 de la loi de 1867 n'a nullement porté atteinte aux principes généraux qui assurent le respect de la convention (1). » C'était en 1880.

En 1884, quand un projet de loi relatif aux sociétés par actions fut présenté au Sénat, on pensait encore généralement que le contrat primitif était intangible sans l'assentiment de tous les associés (2).

---

(1) L. Lyon-Caen. *Du droit de modifier les statuts des sociétés par actions et de la limite des pouvoirs des assemblées générales,* Dissertation au *Journ. des soc.*, 1880, p. 279.

(2) Voici au surplus le texte de l'article 23 du projet, tel qu'il a été adopté par le Sénat :

« *L'assemblée générale peut modifier les statuts de la société, si cette modification est autorisée par les statuts.*

» Sauf dispositions contraires, expressément insérées dans les statuts, l'assemblée générale ne peut :

» 1° Augmenter ou diminuer le chiffre du capital social ;

» 2° Prolonger ou réduire la durée de la société ;

» 3° Changer la quotité de la perte qui rend la dissolution obligatoire ;

» 4° Décider la fusion avec une autre société ;

» 5° Modifier le partage des bénéfices.

» Dans aucun cas, l'assemblée générale ne peut changer l'objet essentiel de la société. »

Le vote de cet article par le Sénat est des plus significatifs ; en effet, dans le projet présenté par le Gouvernement, la première phrase du texte ci-dessus n'existait pas. (Voir : Arnault. *Rapport de la commission extra-parlementaire du 14 février 1882, à l'appui d'un projet de loi sur les sociétés, suivi du projet de loi soumis au Sénat le 6 décembre 1883*, Paris, Rousseau, 1884, texte de l'article 23 du projet, p. 165, rapport sur ce texte, p. 69 et suiv.) Il en résultait que, dans le projet du Gouvernement, l'article 23 avait une toute autre signification que celle qui lui fut donnée par le Sénat ; c'était le principe du pouvoir de modification *de plano* qui était introduit dans notre législation, sous certaines exceptions. Or, le Sénat admit précisément le principe contraire, en adoptant l'amendement

Donner à l'article 31 de la loi de 1867 une interprétation libérale, c'est oublier tout cela et c'est tomber dans l'erreur de M. Thévenet, rapporteur au Sénat de la loi du 1er août 1893, qui soutenait que l'article 31 était très clair (il est le seul qui ait osé le dire) et que tout le monde reconnaissait le pouvoir souverain des assemblées générales.

Quant à l'argument tiré de l'état actuel de la science du droit, de cette sorte de conscience générale juridique qui exige impérieusement, prétend-on, que l'on accorde à l'assemblée des actionnaires le droit de modifier les statuts, il n'est pas de nature à retenir bien longtemps notre attention. S'il y avait une lacune complète dans la loi, si aucun principe supérieur ne venait imposer un système à l'interprète, volontiers on pourrait conseiller à la doctrine et à la jurisprudence de chercher dans l'équité et dans les nécessités pratiques la solution à appliquer. Mais il n'en est pas ainsi en notre hypothèse, du moins nous nous efforçons de le démontrer ; à notre avis, si la question n'est pas décidée formellement (en réalité elle n'avait pas besoin de l'être si le législateur entendait s'en référer aux principes généraux), la règle supérieure de l'article 1134 du Code civil intervient et enlève à l'interprète toute liberté. Qu'importe dès lors cette tendance libérale dont les manifestations se multiplient tous les jours dans les

---

qui lui fut proposé par sa commission et qui consistait dans l'adjonction au projet du Gouvernement de la phrase qui commence par ces mots : « L'assemblée générale peut modifier... » En complétant ainsi le texte de l'article 23, tel qu'il était présenté par le Gouvernement, le Sénat en changeait la portée du tout au tout.

lois étrangères, dans la doctrine, dans les vœux des congrès internationaux ? Cela importe peut-être beaucoup à l'heure présente où l'on semble décidé à procéder à une refonte de notre législation commerciale touchant les sociétés ; ces manifestations indiquent au législateur dans quelle voie il doit s'engager, mais, en présence de l'état actuel de la législation, cela est indifférent. Quand une législation n'est plus en rapport avec l'évolution du droit, quand, loin de favoriser, elle semble enrayer les progrès de l'industrie et de la science, il est urgent d'y porter la main, mais jusqu'au dernier instant de son existence, il faut la respecter et l'appliquer.

Pour achever d'établir le système qu'ils proposent, M. Thaller et ses partisans ont fait appel aux considérations d'ordre pratique. On se rappelle la vigueur avec laquelle M. l'avocat général Desjardins (1) mettait en relief l'absence de sens commun de la solution qui s'en tient à l'application de l'article 1134 du Code civil.

Subordonner la réalisation d'une modification au pacte social à l'obtention de l'assentiment unanime, c'est peut-être en fait interdire toutes modifications, nous le reconnaissons. Mais que faut-il redouter le plus ou bien de l'opposition systématique de quelques actionnaires mécontents, opposition dont le seul résultat est de maintenir tous les actionnaires dans les termes du contrat primitif, ou bien de l'entraînement d'une majorité aveugle méconnais-

(1) *Vide supra*, p. 333.

sant les intérêts de la société parce qu'elle est incapable de les discerner ou parce qu'elle subit l'influence d'une coterie ?

On nous dira : mais les partisans de l'opinion basée sur l'article 1134 du Code civil reconnaissent eux-mêmes que le système libéral est infiniment préférable (1). Il nous sera facile de répondre en dissipant une équivoque qu'il ne faut pas entretenir. Si l'on veut dire qu'il y a des modifications utiles, indispensables à faire dans l'intérêt de la société et au cours de son existence, et qu'il est bon qu'en principe ces modifications puissent se faire, tout le monde est d'accord aujourd'hui sur ce point de législation ; mais reste à formuler le système, à fixer les garanties nécessaires aux droits de la minorité, à déterminer l'importance de la majorité et à délimiter exactement les pouvoirs de l'assemblée (2). Or,

---

(1) Bonfils. Dissertation à la *Rev. crit.*, 1893, p. 418. — Pascaud. *Les assemblées générales extraordinaires d'actionnaires dans les sociétés anonymes*, dissertation à la *Rev. des soc.*, 1895, p. 569. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., n° 864, p. 746.

(2) M. Ch. Lyon-Caen, au Congrès international des sociétés par actions, tenu à Paris du 12 au 17 août 1889, dans son rapport sur la 17e résolution votée par la section de droit intérieur, s'exprimait ainsi : « Il y a cependant des modifications qu'il est utile de faire aux statuts dans l'intérêt de la société ; il est bon que ces modifications puissent se faire. Nous sommes d'avis de décider en principe que la majorité suffira. *Nous ne nous prononçons pas sur l'importance de la majorité :* c'est un détail qui ne peut pas occuper un congrès ; *il a été sous-entendu qu'il fallait que l'assemblée générale comprît une notable portion du capital de la société.* » (Compte rendu sténographique précité, p. 140.)

La même idée a été développée par M. Rousseau au Congrès international des sociétés par actions, tenu à Paris du 8 au 12 juin 1900. L'orateur insista davantage encore sur la question de majorité :

cette réglementation étroite, qui, dans la pensée des partisans de l'article 1134 du Code civil, doit aller de pair avec la consécration du principe libéral, ne se rencontre pas dans nos lois commerciales actuelles, et, par suite, cette solution qui leur semble excellente en principe et vers laquelle ils tendent de toute leur énergie, en pratique et en fait leur paraît désastreuse. Faute de faire cette précision, on travestit la pensée des auteurs que l'on cite et dont nous approuvons complètement la manière de voir.

Ne semble-t-il pas, en effet, bien étrange qu'une minorité, au gré de son caprice quelquefois, souvent au gré des administrateurs dont elle est à la dévotion, puisse prendre des mesures importantes au premier chef, comme la dissolution de la société avant son terme ou, au contraire, la prorogation de la durée de cette même société. Nous prenons cet exemple entre les autres parce qu'il s'agit d'une mesure sur la validité de laquelle M. Thaller et toute son école tombent d'accord. Nous avons dit : une minorité et nous ne nous en dédisons pas. L'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, qui fixe le *quorum* en cas de réunion de l'assemblée générale extraordinaire, n'exige pas le moins du monde, il faut s'en souvenir, que la délibération soit prise par une majorité représentant la moitié au moins du capital social. Il exige, ce qui est tout différent, que

---

« J'en arrive à cette conclusion, qu'il faut laisser à l'assemblée générale délibérante, *non pas à la majorité des actionnaires, mais à une majorité renforcée*, le droit de modifier les statuts sociaux. » (Compte rendu sténographique précité, p. 181.)

l'assemblée représente la moitié du capital et pas autre chose. En conséquence, la délibération pourra donc être prise par des actionnaires ne représentant que le quart du capital plus une action; et même un seul actionnaire, qui posséderait le quart du capital plus une action, imposerait à tous sa volonté, si les statuts lui attribuaient un nombre de voix proportionnel à son intérêt. En tout cas, une proposition ayant très rarement l'heur d'obtenir l'assentiment unanime, et étant toujours contestée, il en résulte bien que jamais les décisions modifiant les statuts ne seront prises par une majorité (1).

Et ce n'est pas tout, pour avoir la notion exacte du résultat, auquel conduirait l'application de la solution libérale dans l'état actuel de nos textes, il

---

(1) Ces conditions dans lesquelles s'exerceraient, en l'absence de clause statutaire, le pouvoir de modifier les statuts, si on l'accorde de plein droit aux assemblées extraordinaires, semblent fâcheuses même à certains partisans du système libéral que nous combattons. M. de Courcy (*Les sociétés anonymes*, p. 126) ne cache pas son inquiétude et il s'exprime en ces termes : « Le résultat pourrait être tellement choquant que je suis convaincu que les tribunaux interpréteraient au besoin l'article 31 contre son texte. Si la minorité de l'assemblée, qui aurait prononcé la dissolution ou la prorogation, fortifiée par l'accession d'actionnaires du dehors et formant avec eux un faisceau qui représenterait plus de moitié du capital, attaquait la délibération, je ne puis pas croire que les tribunaux se considérassent comme obligés, par la lettre de l'article 31, à valider cette violence ou cette surprise de la minorité. » M. de Courcy reconnaît donc que l'application du système consacré, à son avis, par l'article 31, peut conduire, dans la pratique, à des conséquences tellement absurdes, qu'elles sont inadmissibles, et il en est réduit, en l'occurence, à espérer que les tribunaux essaieraient de pallier les inconvénients du système en écartant l'article 31, c'est-à-dire, disons la chose, en sortant de la légalité !

faut se souvenir qu'à supposer (mettons les choses au mieux pour nos adversaires) que la loi de 1867 implique une attribution de compétence à l'assemblée extraordinaire, nulle part cette loi n'a précisé les limites du domaine dans lequel l'assemblée pourra se mouvoir ; dans aucune de ses dispositions elle n'a procédé au départ des mesures permises et de celles qui sont illicites. En fait, les partisans du système libéral s'efforcent à l'envi d'élargir le champ d'action de l'assemblée extraordinaire ; ils sont tous d'accord, cependant, pour autoriser une modification à la durée de la société.

Voilà donc la majorité de l'assemblée, qui, en fait, nous l'avons démontré, ne représente jamais qu'une minorité, si on prend comme point de comparaison l'universalité des actionnaires, maîtresse d'imposer à la société, à tous les associés, une liquidation prématurée ou une orientation nouvelle. Ne valait-il pas mieux s'en tenir fermement au principe de l'article 1134 du Code civil jusqu'au jour où le législateur autorisera expressément l'assemblée extraordinaire, statuant à une majorité renforcée (les trois quarts du capital et les deux tiers des actionnaires, par exemple), à modifier le pacte primitif dans des limites nettement précisées.

Nos adversaires ont bien essayé de déterminer les limites du pouvoir général des assemblées extraordinaires à l'aide de méthodes qu'ils prétendent rationnelles.

La nouvelle école, dont nous étudions la théorie, avait eu l'ambition louable de faire cesser la « dangereuse incertitude » où la jurisprudence

laisse les hommes d'affaires, et de donner sur un très grand nombre de points (on ne peut évidemment prévoir que les grandes lignes du sujet) des solutions fermes. Il faut bien constater que les promesses n'ont pas été tenues.

Tout d'abord, si M. Thaller et ses partisans s'entendent quand il s'agit de repousser le pouvoir illimité de l'assemblée, s'ils sont encore de même avis pour donner néanmoins une théorie très large, il n'en va plus de même quand il s'agit de découvrir le fil d'Ariane destiné à nous guider dans ce labyrinthe des modifications permises et de celles qui ne le sont pas. Alors que M. Thaller, suivi en cela par ses disciples de la première heure, invoque la relativité d'existence de l'être supérieur que constitue la société et complète sa théorie en introduisant dans notre droit la notion des droits propres de l'actionnaire, M. Appleton argumente surtout des articles 31 et 37 de la loi du 24 juillet 1867 pour établir que l'assemblée générale a la compétence la plus étendue touchant les modifications aux statuts, et quand il cherche les limites à ce pouvoir, il dirige ses investigations du côté de la loi, de la volonté des parties, des principes généraux du droit.

Examinons successivement ces deux méthodes, nous allons voir que ni l'une ni l'autre ne fournit un criterium sûr.

En ce qui concerne la méthode de M. Thaller, c'est dans l'intervention de la théorie des droits propres de l'actionnaire que se trouve le défaut du système. Ces droits, auxquels l'assemblée générale ne peut toucher sans excès de pouvoir, ont leur

source dans un contrat, les expressions sont de M. Thaller, « dans ce contrat synallagmatique passé entre la société, c'est-à-dire le tout et l'actionnaire, c'est-à-dire l'individu (1) ». Comme, dans tout contrat, les deux parties ont abdiqué leur liberté, ont consenti à se laisser enchaîner, mais seulement dans les limites que le contrat de souscription a pour but de tracer. Voilà, aux yeux de M. Thaller, la base de cette distinction entre les clauses qui relèvent de l'assemblée générale et ces stipulations dont le respect s'imposera toujours à celle-ci.

Eh bien, nous avouons ne pas comprendre. Si l'analyse découvre, sous le statut général, autant de contrats particuliers que de souscripteurs, contrats bilatéraux entre l'actionnaire et la société, c'est-à-dire entre une individualité et une collectivité, nous ne pouvons pas saisir, au point de vue juridique, la distinction qu'il y a lieu de faire, suivant que l'actionnaire a pour contre-partie ses coassociés envisagés individuellement ou, au contraire, un être moral. Dans les deux cas, les principes sont les mêmes : le pacte social tient au contrat de souscription, comme le cahier des charges tient au contrat de vente. Si la société, vis-à-vis de laquelle l'individu s'est lié, modifie le capital social, la durée de la société, l'individu n'est-il pas en droit de protester ? Il aurait incontestablement le droit de le faire, si sa contre-partie était une personne physique ; il pourrait dire, et nul ne songerait à l'en blâmer, que l'une des parties contractantes est sans pouvoir

(1) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 113, 2e col.

pour mettre à la charge de la partie opposée des obligations qu'elle n'avait pas assumées primitivement, qu'autrement ce serait défaire par la volonté unilatérale ce qui est le résultat d'un accord de volonté. Pourquoi en serait-il différemment, si, au lieu d'être en présence de ses coassociés, l'actionnaire se trouve en face d'une société, personne morale? Nous n'en voyons pas la raison (1).

Le système est mal fondé en droit, et il en est résulté, pour M. Thaller, l'impossibilité de formuler le criterium permettant de discerner les limites du cercle au delà duquel l'assemblée est sans pouvoir. M. Thaller procède par énumération et n'établit aucun lien entre les séries de droits intangibles qu'il reconnaît. Il faudrait, au contraire, donner le

---

(1) *Conf. :* Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. II, nº 864, p. 746.

Ces savants auteurs n'adressent pas d'une façon expresse à la thèse des droits propres de l'actionnaire, telle que l'entendent M. Thaller et son école, la critique que nous venons de formuler; mais ils semblent bien l'avoir entrevue. Abordant le problème des pouvoirs de l'assemblée extraordinaire, ils essaient de fixer une limite aux droits de la majorité et ils disent : la majorité est souveraine, s'il s'agit de décisions relatives à la marche normale de la société, elle est incapable de porter atteinte aux droits individuels des associés. « Parmi ces droits individuels se trouve, selon nous, continuent ces auteurs, celui de s'opposer à tout changement des statuts auxquels chaque actionnaire adhère en souscrivant des actions pour lui et pour tous ses ayants cause immédiats et médiats. » (*Traité..., loc. cit.*) MM. Lyon-Caen et Renault indiquent en note (*Traité...*, p. 746, note 1) que, dans leur pensée, ces droits individuels sont, ce qu'on appelle en Allemagne, les *Sonderrechte des Aktionœrs*. Ainsi, MM. Lyon-Caen et Renault, appliquant à notre difficulté la théorie des droits propres de l'actionnaire, refusent à l'assemblée extraordinaire le pouvoir d'apporter aux statuts le moindre changement. Cette constatation suffit à démontrer le bien fondé de notre critique.

caractère spécifique de ces droits propres de l'actionnaire, ce qui permettrait de les distinguer, sinon on risque de proposer des solutions arbitraires. En fait, les divergences ne sont pas très nombreuses entre M. Thaller et les auteurs qui ont adopté son opinion, mais outre qu'en général ceux-ci semblent décidés à accepter la parole du maître sans restriction, il faut remarquer que les solutions d'espèces proposées par M. Thaller correspondent à peu près toutes aux *desiderata* de la pratique; elles n'ont pas d'autre lien, mais c'est peut-être suffisant pour empêcher les dissidences trop marquées.

Car il y a des dissidences, quand on descend dans les détails du système.

A une époque, où le législateur n'avait pas encore autorisé expressément la création des actions de priorité, un long temps avant la loi du 9 juillet 1902, M. Thaller se prononçait énergiquement en faveur de la validité de ces titres au cours de l'existence de la société (1), tandis que d'autres auteurs (2), par application de cette même théorie des droits propres de l'actionnaire, estiment que la création de semblables actions blesse l'égalité naturelle qui doit

---

(1) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 110, 2e col. — Durandy. *Les assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes*, th. doct, Aix, 1893, p. 98 et suiv. — Jacquier. *Des assemblées générales d'actionnaires*, th. doct., Aix-Marseille, 1899, p. 168 et suiv. — Clément. *Des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, relativement aux modifications au pacte social*, th. doct., Lille, 1897, p. 106 et suiv. ; p. 137 et suiv.

(2) Voir en ce sens : Bousquet-Pontié. *Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale d'une société anonyme et les droits individuels de l'actionnaire*, th. doct., Toulouse, 1899, p. 60, 85, 112.

régner entre associés, et en proscrit l'usage sur ce reproche.

L'accord ne s'est pas établi davantage sur le point de savoir si l'actionnaire pouvait exiger des dividendes lorsque l'exercice se soldait en bénéfices. Les uns (1) pensent que l'actionnaire a un droit acquis aux dividendes, droit dont la société ne peut le dépouiller pour employer l'intégralité des bénéfices accusés par l'inventaire à la constitution d'une réserve ou à tout autre but. D'autres (2), au contraire, laissent à l'assemblée le droit d'affecter la totalité des bénéfices à la constitution d'un fonds de réserve supplémentaire, à l'amortissement des actions, en dehors de toute distribution. L'actionnaire, d'après eux, n'a pas à compter sur un rendement périodique de son titre, sur un produit annuel, lors même que l'exercice se solde en bénéfices.

Ce n'est rien, dira-t-on peut-être, que ces contradictions entre quelques solutions d'espèces; et nous répondrons : c'est déjà trop, parce qu'elles sont la conséquence de l'absence de criterium. M. Appleton qui a senti la pierre d'achoppement contre laquelle se heurte le système, s'est décidé à chercher dans une voie, différente de celle qu'à suivie M. Thaller, une méthode rationnelle. Il s'est efforcé de s'assurer une base juridique. Nous allons voir que la tentative

---

(1) Thaller. *Note* précitée au D. 93. I. 114, 1re col. — Durandy. *Op. cit.*, p. 121. — Bousquet-Pontié. *Op. cit.*, p. 60, 112.

(2) Clément. *Op. cit.*, p. 135 et suiv. — Jacquier. *Op. cit* , p. 184 et suivantes.

a été vaine, mais auparavant nous devons nous arrêter pour signaler le manque d'harmonie qui caractérise la conception de M. Appleton.

Cet auteur, on s'en souvient, a pris soin de se tenir à l'écart de toute considération de textes quand il s'est agi d'établir le principe même du pouvoir de modification des assemblées extraordinaires. A l'en croire, les dispositions législatives ne peuvent fournir aucun appui à la théorie libérale et c'est dans la nature juridique de la société anonyme surtout qu'il trouve la justification du pouvoir de l'assemblée (1).

On ne pouvait guère s'attendre, en voyant cette attitude, à ce que M. Appleton revînt à la méthode

---

(1) M. Appleton se rattache, en effet, à cette école qui essaie de mettre en cours une nouvelle méthode d'élaboration de notre droit privé. La loi écrite ne donne pas, ne peut pas donner la solution de tous les problèmes que la pratique suscite. Jusqu'à ces dernières années, les interprètes pensaient que la loi est le seul guide qu'il faille suivre. Or, la loi, c'est l'expression de la pensée du législateur ; quand cette expression est obscure, incertaine, il faut découvrir la pensée qu'elle est destinée à traduire, ce que l'on fera en interprétant les formules légales, en s'inspirant de l'esprit qui a présidé à l'établissement de l'institution que l'on envisage, en parcourant les documents préparatoires. C'est la méthode exégétique qui a régné longtemps sans conteste.

Volontiers, on lui reproche aujourd'hui des allures de procédé subtil et divinatoire et l'on tend à combler les lacunes qui se trouvent dans la loi d'autre façon. On réserve naturellement les solutions positives des textes ; mais, en dehors de cela, quand, par suite d'insuffisance de la loi, des précisions sont indispensables, ce n'est plus la pensée législative que l'on recherche ; on s'abstient totalement de la vieille argumentation de textes, pour ne s'inspirer que des considérations supérieures de justice et d'utilité sociale. (Sur cette méthode, voir : Gény. *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, avec préface de M. Saleilles, Paris, 1899. — Esmein. *La jurisprudence et la doctrine*, dissertation à la *Revue trimestrielle de droit civil*, t. I, 1902, p. 1, qui est comme l'organe de la nouvelle école.)

exégétique, à l'examen des articles 31 et 37 de la loi du 24 juillet 1867, lorsqu'il faudrait fixer les limites à ce pouvoir. C'est pourtant ce que nous avons constaté (1). Il se trouve, en effet, dans l'œuvre de M. Appleton, ce raisonnement singulier, qui dénie toute valeur à ces deux articles si l'on veut y chercher la solution de principe et qui, en même temps, sur le fondement de déductions tirées de ces mêmes articles, attribue à la majorité un large pouvoir de modification.

---

(1) M. Appleton s'en défendra sûrement, mais en vain. Nous savons bien que cet auteur, lorsqu'il aborde le problème de la limitation au pouvoir de modification, cherche la solution tout d'abord dans les nécessités économiques qui contraignent les législations neuves à se montrer libérales, la jurisprudence française à forcer le sens des textes, les praticiens à insérer prudemment des clauses spéciales, à l'effet d'autoriser, d'une façon expresse, les modifications, et quand il en vient aux considérations de textes, c'est d'une façon subsidiaire en apparence. L'auteur ne manque pas de nous dire qu'il se place au point de vue de « ceux qui veulent s'en tenir à une construction strictement juridique ». (*Op. cit.*, p. 190.) Mais, quand il est arrivé au terme de son raisonnement, il a oublié qu'il jouait un rôle. C'est M. Appleton qui « constate que les modifications, classées parmi les plus importantes, sont expressément autorisées » (*Op. cit.*, p. 192); c'est encore M. Appleton qui, pour écarter tous les doutes, rappelle l'incident provoqué au Sénat par l'amendement de M. Poirrier et déclare qu'il en résulte l'intention du législateur de confirmer la conclusion à laquelle le conduit l'étude des textes. (*Op. cit.*, p. 194.) On sent qu'au fond, c'est l'argumentation de textes qui sert de base à la proposition de M. Appleton.

Et à la réflexion, il n'en pouvait être autrement. M. Appleton est trop bon jurisconsulte pour soutenir, sans s'appuyer sur les textes, que, dans l'état actuel de notre droit, et sans qu'il soit nécessaire d'une intervention législative, les modifications même essentielles sont permises. Un pareil système exige une autre justification que celle que l'on essaierait de tirer des nécessités économiques. D'une façon inconsciente, il s'est fait, dans l'esprit de M. Appleton, un travail qui a eu pour résultat de faire tomber cet auteur dans la contradiction que nous signalons.

Si l'on fait bon marché de ces articles dans l'étude de la question de principe, il nous semble, qu'à moins de manquer à la logique et de se déjuger, il ne faut pas prétendre y trouver les règles d'application du principe. Un choix s'impose en un sens ou en l'autre et nous reprochons à M. Appleton de n'avoir pas choisi.

Là ne se borne pas notre critique. Cet auteur recherche les limites du pouvoir général, qu'il reconnaît aux assemblées, dans la loi, dans la volonté des parties, c'est-à-dire le contrat, dans les principes généraux.

Malgré une apparence juridique, le système n'échappe pas au reproche d'arbitraire. Nous ne pouvons pas nous appesantir outre mesure sur l'application d'un système dont nous méconnaissons le fondement ; mais cependant, pourquoi, dans le contrat, M. Appleton distingue-t-il les clauses relatives au capital social, à la durée de la société, à la distribution des dividendes, et décide-t-il qu'elles pourront être modifiées ? Nous savons la réponse : « Lorsqu'une personne souscrit pour une certaine somme lors de la fondation d'une société, elle entend devenir associée ; l'objet du contrat, c'est de lui conférer, moyennant des prestations limitativement déterminées, la propriété libre et irrévocable d'un certain nombre d'actions et c'est tout (1). » Et M. Appleton a bien soin de prévenir, que cette notion est excessivement simple et qu'il ne peut voir dans le contrat de souscription que ce que tout le monde y

(1) Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 211.

voit. La réponse ne nous satisfait pas, la notion, qu'elle nous offre, du contrat de souscription, est en réalité rejetée par tous les auteurs qui se rattachent, sur notre question, à l'article 1134 du Code civil ; de ce chef, elle appelait une démonstration qui ne nous est pas donnée.

Terminons nos observations sur le système de M. Appleton en faisant remarquer que cet auteur, pas plus que ses devanciers, ne nous fournit le trait caractéristique des changements licites et des changements illicites, le criterium que l'on promet toujours sans le donner jamais, et qui permettra au praticien de se faire une certitude sur la situation juridique qui lui est soumise. En effet, parmi les restrictions dérivant du contrat, nous rappelons la catégorie suivante qui comprend les restrictions trouvant leur source dans un droit expressément conféré à certains actionnaires ; M. Appleton cite, à titre d'exemple, le droit d'accès aux assemblées, mais il s'en tient là, tout en reconnaissant que ces droits intangibles peuvent varier à l'infini suivant les actes de société. Voilà de quoi plonger un homme d'affaires dans une grande perplexité, lorsqu'il s'agira de savoir si la clause qu'il examine confère ou non un droit à l'actionnaire, ce sera là une source inépuisable de procès.

En résumé, en l'état actuel de nos textes, le système libéral, que M. Thaller semble avoir arrêté dans une forme définitive, se heurte à la conception que le législateur s'est fait de la société anonyme ; il ne trouve dans les textes législatifs aucun appui solide et il n'a que le seul mérite, considérable mais

insuffisant pour décider notre adhésion, de donner satisfaction aux besoins du commerce et de l'industrie en même temps que d'être en rapport avec les dernières manifestations de la science du droit. Ce qui fait défaut à ce système, c'est une consécration légale, qui mette le principe hors de conteste et supprime les contradictions des solutions d'espèces par une nomenclature détaillée des clauses fondamentales qui échappent au pouvoir de modification de la majorité.

SECTION IV

ESSAI D'UNE THÉORIE SUR LES POUVOIRS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE

Toute cette discussion ne nous a guère avancé en apparence; elle ne nous a pas donné de solution, mais elle nous a conduit toutefois à cette constatation qu'à chaque fois que l'on s'est écarté de l'application à notre difficulté de l'article 1134 du Code civil, on s'est fourvoyé.

Que l'on essaie, comme l'a tenté la jurisprudence, de découvrir, dans les dispositions de la loi du 24 juillet 1867, une dérogation au prescrit de cet article; ou bien que, plus hardiment, à la suite de M. Thaller, sans négliger les arguments d'ordre juridique, on s'efforce de constituer en faveur de la société anonyme une sorte de domaine indépendant échappant complètement à l'action de cette règle, l'im-

puissance à fonder la théorie libérale sur une base solide et à fournir un criterium certain s'est révélée manifeste.

Mettant à profit cette expérience, nous nous tiendrons sagement sous l'influence de la théorie restrictive. Quand nous avons exposé ce système qui, devant le silence de la loi de 1867 sur le pouvoir des assemblées extraordinaires, n'a pas cru devoir s'écarter de la notion de contrat et s'est prononcé, à regret toutefois, pour l'application stricte de l'article 1134 du Code civil, nous n'avons pas pris parti. Nous avions de bonnes raisons pour agir ainsi : outre que l'examen et la réfutation du système de la jurisprudence et de celui de M. Thaller allaient mettre en valeur la théorie restrictive, nous comptions reprendre ici cette dernière et préciser notre manière de la concevoir.

Les vieux auteurs sont comme les vieilles gens, ils ont souvent raison ; en l'espèce nous en sommes convaincu. S'il est vrai que l'assemblée générale ne soit que la réunion de tous les associés réglementée par la loi, que les rapports entre les actionnaires ne soient pas autre chose que les rapports contractuels que l'on retrouve dans la société anonyme comme dans tout autre contrat, on ne peut nous contester, en l'absence de disposition législative dérogatoire, que l'article 1134 du Code civil ne doive nous donner la solution de la difficulté. La majorité des actionnaires réunis en assemblée est investie d'un mandat quand il s'agit de constituer la société et plus tard de décider les questions relatives aux actes d'administration. Dans ces deux cas, la loi, dont

l'œuvre est toujours ratifiée par la convention, c'est-à-dire par les statuts annexés au bulletin de souscription, habilite l'assemblée et en fait l'arbitre des questions à trancher ; mais, en face d'une proposition qui tendrait à augmenter ou à diminuer le capital social, plus généralement à modifier le pacte social, l'incompétence de l'assemblée s'impose puisque, par hypothèse, la convention est muette et puisque la loi s'est tue. Le pacte social légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait. Il ne peut être révoqué que de leur consentement mutuel.

A cette règle, à laquelle nous nous rattacherons avec énergie, nous apporterons cependant un tempérament. Ce n'est pas une concession uniquement inspirée par la conscience de la rigueur de notre opinion et le souci des besoins de la pratique ; c'est, à notre sens, une conséquence de la saine interprétation de l'article 1134 du Code civil.

Les auteurs, qui invoquent cet article, le font toujours sans laisser voir, à tort selon nous, que le Code civil l'a accompagné d'un commentaire. Sous les articles 1135, 1156 et suivants du Code civil, le législateur a jugé utile de formuler en dispositions un certain nombre de principes qu'il aurait pu, sans inconvénient, laisser subsister à l'état de règles doctrinales, mais qui ont le mérite cependant de nous rappeler que, dans notre droit, il n'y a plus de contrats *stricti juris*.

Si la convention tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, c'est en tant qu'elle correspond à leur volonté commune ; c'est donc dans la volonté commune des parties que le contrat puise sa force et c'est dans

cette même commune volonté qu'il faut chercher la mesure de cette force (art. 1135, 1156 et suiv. du Code civil). Quand une question s'élève sur les relations que les parties ont entendu établir entre elles, il faut interpréter la convention en y recherchant l'intention des parties ; et si, comme il arrive fréquemment, l'intention évidente des contractants est en contradiction manifeste avec les propositions que l'interprétation grammaticale dégagerait des termes du contrat, c'est cette intention qu'il faut suivre plutôt que le sens littéral (art. 1156 du Code civil). Or comment peut-on connaître l'intention des parties contractantes ? En examinant les circonstances de la cause, au nombre desquelles il faut faire figurer en première ligne comme ayant une importance capitale, la nature du contrat, le but que les parties se sont proposées.

Appliquons ces principes à notre difficulté. Dans les statuts d'une société anonyme, les clauses sont nombreuses et détaillées ; on y trouve, non seulement ces stipulations ordinaires, qui fixent les éléments d'un contrat de société et qui sont relatives notamment à l'objet, au chiffre de l'apport, à la durée de l'association, à la répartition des bénéfices, mais on y trouve encore un certain nombre de dispositions que les formulaires détaillent avec grand luxe et qui constituent la partie organique.

On a souvent comparé le fonctionnement d'une société anonyme à celui d'un Etat ; de la comparaison, nous ne retiendrons que cette similitude, à savoir : toutes proportions gardées bien entendu, la multiplicité des rapports qu'il faut prévoir entre

la masse des actionnaires comme entre la masse des citoyens. Dans cet ordre d'idées, les statuts prévoient le nombre des administrateurs, délimitent leurs pouvoirs, fixent le chiffre de leurs appointements, le montant de leur cautionnement, etc.; les statuts déterminent également l'époque de réunion des assemblées générales, celle de la clôture des livres et de l'échéance des coupons, etc. En un mot, ils réglementent l'administration de la société.

A notre avis, il y a dans l'ensemble des clauses des statuts d'une société anonyme, un départ à opérer entre celles qui sont les éléments mêmes du contrat et d'autre part celles qui sont uniquement destinées à permettre l'exécution, l'application du contrat.

Or, si nous comprenons que les clauses de la première catégorie soient intangibles dans l'intention des parties, quelque dommage qui puisse en résulter pour la société, nous ne comprenons pas qu'il en soit de même en ce qui concerne la seconde catégorie. Il est de toute évidence que, si une société réunit des milliers d'adhérents, l'unanimité ne peut pas, dans l'intention des parties, être nécessaire pour augmenter le nombre des administrateurs ou le diminuer. S'il apparaît, à un moment donné, qu'il y ait simplement utilité à modifier l'époque de la réunion de l'assemblée annuelle, nous nous refusons à croire que l'assentiment de tous les actionnaires soit indispensable : quand on se réunit pour fonder et organiser une entreprise et quand on donne à l'association une base aussi étendue que celle que la société anonyme prend généralement, il faut dis-

tinguer ses droits de ses préférences personnelles, maintenir les premiers si l'on veut, mais sacrifier parfois les secondes en présence de l'opposition de la majorité. Qu'on le remarque bien, c'est sur le terrain de l'article 1134 du Code civil que nous nous plaçons et nous n'en voulons pas sortir ; c'est dans l'intention des parties que nous trouvons la base de la rigidité de l'ossature de la société anonyme, c'est dans cette même intention que se trouve la justification de cette plasticité de forme.

Mais, dira-t-on, c'est en réalité la distinction des clauses essentielles et des clauses accessoires qui réapparaît et que l'on ramène après l'avoir proscrite. Si l'on veut, mais à la condition qu'il soit bien entendu que, sous les mêmes termes, nous n'entendons pas la même chose; on est toujours maître, en effet, de donner aux expressions le sens que l'on désire : il suffit de s'expliquer. C'est ce qui nous reste à faire, en indiquant comment nous arriverons à dégager les clauses intangibles de celles qui ne le sont pas.

Tout d'abord, il nous faut prévenir une objection qui ne manquera pas de nous être faite. Du moment, va-t-on nous dire, que vous entreprenez de scruter l'intention des actionnaires, vous assumez une tâche impossible : il n'y a pas de principe qui vous permette de la mener à bien. C'est une question de fait à trancher. La clause la moins importante, parmi toutes celles qui constituent le pacte social, cette clause que vous allez placer dans la série sur laquelle la majorité de l'assemblée extraordinaire pourra porter la main, a peut-être été prise en

considération essentielle par l'un des actionnaires. L'un quelconque de ceux-ci peut prétendre que, s'il a signé le bulletin de souscription, il l'a fait avec la ferme conviction, prenons un exemple, que l'assemblée générale se réunirait au mois de juillet. La date de la réunion de l'assemblée a été l'une des causes déterminantes de son consentement, la modifier c'est violer le contrat à son égard. En un mot, c'est au point de vue subjectif qu'il faudrait logiquement s'attacher et alors chaque actionnaire n'a-t-il pas le droit de soutenir que son consentement a été déterminé par chacune des clauses des statuts?

A cela, il n'y aurait rien à dire si la société anonyme était un contrat où les parties contractantes sont fixées une fois pour toutes, si le personnel des actionnaires n'était pas une masse mobile et changeante. On comprendrait alors que chacun des associés vînt établir quelles étaient, dans son esprit, les clauses qui l'ont déterminé à entrer dans la société. Mais il ne faut pas oublier que, par essence, la société anonyme est une société formée *intuitu pecuniæ*, la considération de la personne n'y est pour rien. Non seulement le nombre des contractants peut être considérable, mais à chaque jour, peut-on dire, les éléments se modifient par suite des cessions d'actions. Chercher quelle a été l'intention de l'actionnaire, quand il a souscrit ou acheté son titre en Bourse, c'est tenter l'impossible et au surplus ce n'est pas nécessaire. En vertu de la nature même du contrat, les adhérents se dépouillent en quelque sorte de leur individualité pour devenir des êtres impersonnels, conservant leur volonté indépendante

certes, mais adoptant une même mentalité. En un mot, si nous pouvons déterminer quelles sont les clauses essentielles et celles qui ne le sont pas, distinguer le contrat de ce qui n'en est que l'annexe, c'est que le contractant, dont nous devons interroger l'intention, n'est pas l'actionnaire, envisagé d'une façon concrète, type nécessairement variable avec les individus, mais l'actionnaire considéré d'une façon abstraite, correspondant à un type moyen toujours le même.

Si maintenant on nous demande quelles sont, d'après nous, les clauses que l'actionnaire, dont nous venons de fixer le type, a entendu soustraire à la compétence de l'assemblée extraordinaire, nous répondrons en reprenant une théorie émise, il y a bientôt trente ans, par M. l'avocat général Hémar (1) dans ses conclusions sur l'affaire du Crédit mobilier. Voici les grandes lignes de ce système.

Les droits et les devoirs de l'actionnaire dérivent, disait-il, du contrat intervenu entre cet actionnaire et les autres. Or, les éléments essentiels du contrat de société, comme de tout autre, sont (art. 1108, C. civ.) le consentement, la capacité, la cause et l'objet. Laissant de côté le consentement et la capacité qui n'intéressent pas la question à résoudre, M. l'avocat général Hémar se reporte à l'article 1832 du Code civil, pour en déduire la notion de la cause

(1) *Conclusions* de M. l'avocat général Hémar, sous Paris, 19 avril 1875. D. 75. II. 166; S. 76. II. 113.

Nous devons faire remarquer que M. l'avocat général Hémar s'attache de préférence à résoudre la difficulté, quand les statuts confèrent à l'assemblée un pouvoir général de modification.

et de l'objet du contrat de société. L'article 1832 est ainsi conçu : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. »

L'analyse de cette disposition, dans ses rapports avec l'objet, conduit à décider que l'actionnaire s'est obligé à faire un apport déterminé pendant un certain temps. Toutes les clauses relatives à la quotité de l'apport et à la durée de la société sont donc immuables comme déterminant l'objet même du contrat.

Quant à la cause, elle consiste d'abord dans l'organisation d'une force sociale dont la mesure est évidemment contractuelle et immuable ; l'actionnaire pourra donc toujours considérer comme violant le contrat, l'augmentation ou la réduction du capital, mais l'assemblée pourrait modifier les moyens pratiques de faire fonctionner cette force, modifier par exemple la coupure des actions, changer l'organisation statutaire de la gestion.

En second lieu, la cause consiste dans l'application de cette force à un objet déterminé, dont la fixation devient dès lors une clause essentielle ; et en troisième lieu, dans le partage des bénéfices que la loi considère comme la cause déterminante de l'apport (article 1832 du Code civil — voir aussi articles 1853, 1854, 1855, même Code), il s'ensuit que l'assemblée ne pourrait changer le mode, légal ou statutaire, de la répartition de ces bénéfices.

Prenant maintenant la question au point de vue des pouvoirs de l'assemblée, nous constatons que la

majorité pourra changer tout ce qui concerne la réglementation intérieure, l'organisation des moyens pratiques de faire fonctionner cette force sociale à laquelle les actionnaires ont entendu donner naissance. Dans cet ordre d'idées, l'assemblée pourra augmenter ou diminuer le nombre des administrateurs et des commissaires, conférer aux premiers des pouvoirs nouveaux ou, au contraire, restreindre leurs pouvoirs, changer le chiffre de leurs appointements, leur demander un cautionnement, les astreindre à des réunions plus fréquentes. Elle pourrait encore changer l'époque de la clôture des livres et de l'échéance des coupons.

C'est peu de chose que tout cela, nous le reconnaissons, et on n'a pas manqué d'en faire un reproche à la théorie de M. l'avocat général Hémar ; on a dit que ce système était peu satisfaisant en pratique, puisqu'il ne permet à l'assemblée que des modifications insignifiantes et sans portée, mais nous ne cesserons de répéter qu'aucun remaniement à notre législation n'a correspondu au développement des sociétés anonymes qui s'est manifesté dans la seconde moitié du dernier siècle. La loi du 1er août 1893 et celle du 9 juillet 1902 ne font que modifier la loi organique du 24 juillet 1867, elles n'en changent pas l'esprit. Quoi d'étonnant dès lors, si le système que les principes de notre droit nous obligent à formuler nous semble suranné ! Qu'on s'en inquiète pour presser le législateur d'intervenir, mais qu'on ne refuse pas de l'admettre.

Or, au point de vue juridique, si l'on s'en tient à l'idée de contrat, la distinction proposée par M. Hémar

nous a toujours paru rationnelle et fondée sur les textes, et les adversaires de ce système reconnaissent eux-mêmes volontiers que cette théorie se présente avec une apparence séduisante de rigueur juridique (1).

Qu'on ne nous oppose pas l'article 1134 du Code civil, pour nous dire que, si l'on fait appel aux principes ordinaires des contrats, rien n'autorise à distinguer des autres les conditions essentielles du contrat. Nous nous sommes expliqué sur ce point et nous croyons que précisément en interprétant cet article suivant les règles que nous indique le Code civil lui-même et en tenant compte de la nature (disons le mot qui n'implique aucun hommage à la théorie de M. Thaller) du contrat de société anonyme, on justifie l'existence d'un mandat tacite au profit de la majorité à l'effet de modifier une réglementation qui, dans l'esprit des actionnaires, n'a rien de définitif.

Nous ne prétendons pas que ce système fournisse à l'interprète une certitude absolue, un criterium absolument sûr et d'une application toujours facile ; M. l'avocat général Hémar convient lui-même que « les circonstances de fait peuvent réagir sur la solution en droit (2) ». Il y a en cette matière une incertitude que même une nomenclature légale des modifications interdites ne fera jamais disparaître. Les espèces peuvent se présenter avec une infinie

---

(1) Voir en particulier : Paul Appleton. *Op. cit.*, p. 120.

(2) M. l'avocat général Hémar. *Conclusions* précitées au D. 75. II. 166, 1re col.

variété devant les tribunaux. Les prévoir toutes est une tâche surhumaine et fournir un principe qui permette à l'interprète de se prononcer sur la généralité des hypothèses doit être toute l'ambition du législateur.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, un peu longue peut-être, il est nécessaire de condenser en quelque sorte la conception législative que nous avons cru découvrir et voulu mettre en lumière relativement à cet organe vital de la société anonyme, l'assemblée des actionnaires.

Deux idées se disputent actuellement en cette matière les suffrages de la doctrine et la consécration de la jurisprudence.

La première est celle de M. Thaller. Le savant auteur voit, dans la société par actions, en l'espèce dans la société anonyme, un être doué d'une vie propre, indépendante de l'existence des individualités qui par leur volonté ont concouru à sa naissance, et dans l'assemblée des actionnaires, le cerveau de cette nouvelle personne, c'est-à-dire l'instrument destiné à servir d'intermédiaire entre le monde extérieur et la pensée de la Société et dans lequel chacun des actionnaires ne joue pas d'autre rôle que celui d'une cellule dans le cerveau humain.

Idée féconde, au point de vue pratique ; sans

compter qu'elle rend compte de la force obligatoire des délibérations des assemblées vis-à-vis des membres qui composent la société anonyme, elle donne à cette société une souplesse indéniable, une faculté d'adaptation aux nouvelles conditions économiques que peut imposer, au cours de l'existence d'une société anonyme, le développement de l'industrie et du commerce. Il est de toute évidence, en effet, que si la société anonyme est, sur la scène juridique commerciale, une personne au même titre qu'un individu, et comme celui-ci, jouit de l'autonomie, elle peut apporter des modifications au mode d'action de son entreprise, à la condition bien entendu de ne pas transformer celle-ci au point de lui en substituer une nouvelle. Tâche périlleuse que celle de fixer les limites du pouvoir de modification de l'assemblée extraordinaire, de mesurer la force qu'il convient de donner à la volonté de la société, mais tâche possible cependant au jurisconsulte qui trouverait, dans les règles formulées par M. Thaller à ce sujet, les principes d'une conduite prudente.

Nous avons discuté cette idée de M. Thaller, avec un soupçon de vivacité quelquefois (ce qu'on nous pardonnera si nous avons réussi à mettre un peu de vie dans cette étude juridique). Une goutte d'eau sur le roc, que les quelques pages consacrées à l'examen de la théorie de M. Thaller ! On nous saura gré néanmoins d'avoir laissé tomber cette goutte. Nous aurions voulu découvrir l'idée de M. Thaller dans la pensée du législateur, nous avons cherché à la suite du maître et de ses disciples, et nous n'avons pas trouvé. Pourquoi ne l'aurions nous pas dit ?

La seconde idée, aux allures un peu vieillottes, mais que nous importe si elle est exacte, voit dans la société par actions, dans la société anonyme, un contrat, comme dans la société par intérêts, et dans l'assemblée des actionnaires ni plus ni moins que la réunion des associés. Il y a, au moment où les souscripteurs signent leur bulletin et adhèrent de la sorte à la société, des individualités qui se sont liées par un contrat ; au cours de l'existence de la société, ces mêmes individualités subsistent, diminuées seulement par une abdication partielle de leur autonomie.

Ici encore s'explique et se justifie la loi de la majorité dans les assemblées ; on ne peut pas imaginer que l'accord unanime soit nécessaire à tous les instants de la vie sociale : celle-ci se compose d'une série d'actes journaliers, pour l'accomplissement desquels on ne peut songer à exiger non pas seulement le concours mais même l'assentiment de tous les associés. Le bon sens imposait la nécessité de reconnaître le droit du plus grand nombre dans toutes les discussions concernant l'exécution du contrat. La résolution prise dans ces circonstances, aussitôt qu'elle a été votée par la majorité, se fortifie de l'adhésion originaire donnée tacitement par les souscripteurs à la volonté du plus grand nombre. Il y a, dans l'intention des parties, un mandat donné à l'assemblée par chacun des contractants ; et il fallait qu'il en fût ainsi, si l'on voulait que la société anonyme fût un organisme viable. L'existence de ce mandat tient si bien à la nature même des choses que le législateur, sans une hésitation,

en a fait l'un des traits essentiels de sa réglementation des sociétés anonymes. Voilà pour les assemblées ordinaires.

Mais le législateur ne limite pas à ce domaine de l'application du contrat la force de la majorité. Inspiré par les considérations que nous avons exposées, il lui a paru bon de reculer la constitution de la société jusqu'après l'accomplissement par l'assemblée des actionnaires, des souscripteurs plutôt, de certaines formalités. Cette assemblée, qui tire sa raison d'être de la seule volonté du législateur, est investie d'un mandat légal à l'effet de vérifier la déclaration notariée, d'apprécier les apports, de nommer les premiers administrateurs et en cette matière encore, c'est la voix de la majorité qui sera la voix de la société.

Toutefois, s'il s'agit de discuter la dissolution anticipée de la société ou sa prorogation au delà du terme primitivement fixé, d'augmenter ou de réduire le capital social, plus généralement de décider une modification aux statuts, c'est-à-dire aux clauses du contrat, l'assemblée des actionnaires est sans mandat ; ni les principes ni la loi n'autorisent alors la majorité à lier la minorité. Il ne pourrait donc être question que d'un mandat conventionnel.

Telle est la conception que nous croyons exacte et que nous avons développée ; elle ne manque pas d'harmonie. Mais l'idée de contrat, idée qui domine l'institution non pas seulement à son origine, mais encore au cours de son existence, communique à la société anonyme une rigidité que nous sommes des premiers à déplorer. Cette conception, qui envisage

les actionnaires comme des individualités, comme des volontés d'une indépendance plus ou moins restreinte par le contrat et non comme les facteurs impersonnels d'un être nouveau, cette conception était suffisante peut-être alors que, dans la transformation de notre régime économique, transformation que nous avons signalée, on en était encore à la période de transition. Au point où nous en sommes, elle constitue une entrave à notre développement commercial et industriel. Nous l'avons maintenue avec ardeur, parce que nous croyons qu'il n'est pas au pouvoir de l'interprète de fausser l'esprit d'une institution juridique, fût-ce même pour améliorer celle-ci ; mais nous souhaitons vivement l'intervention du législateur.

La commission extra-parlementaire, instituée par arrêté de M. le Garde des sceaux, en date du 22 juin 1902, s'est préoccupée de notre question dans son travail de remaniement de notre législation sur les sociétés. En effet, le premier projet de loi (1), issu de ces travaux et portant modification des lois du 24 juillet 1867, du 1er août 1893 et du 9 juillet 1902 sur les sociétés par actions, contient, dans son article 13, de nouvelles dispositions destinées à remplacer l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 (2).

---

(1) Nous disons : le premier. Le rapport, fait au nom de la commission extra-parlementaire par M. Rodolphe Rousseau, révèle, en effet, la préparation de trois autres lois, sur les obligations et les parts de fondateur, les sociétés étrangères, et sur les inventaires et bilan. (Voir ce rapport au *Journ. des soc.*, 1903, p. 184 et suiv.)

(2) Voir cet article 13 au *Journ. des soc.*, 1903, p. 177, et le rapport sur cet article au *Journ. des soc.*, 1903, p. 218 et suiv.

Ce projet fait de l'assemblée extraordinaire le mandataire légal et non plus seulement conventionnel des actionnaires à l'effet de modifier les statuts, à moins bien entendu d'une volonté contraire des parties. En quoi il ne saurait qu'être approuvé ; nous sommes bien sûr qu'il ne s'élèvera pas une seule voix dans la doctrine pour critiquer cette disposition.

Quelle sera maintenant l'étendue de ce pouvoir de modification ainsi attribué à l'assemblée extraordinaire ? On peut dire qu'en principe elle est illimitée ; deux changements, sans plus, sont interdits à l'assemblée : c'est, d'une part, celui qui concerne la nationalité de la société et, d'autre part, celui qui aurait pour effet d'augmenter les engagements des actionnaires. Mais, sous ces deux réserves, l'assemblée extraordinaire est omnipotente. Les conditions de *quorum* et de majorité varieront suivant l'importance de la délibération, mais aucune des dispositions des statuts n'est intangible, pas même la clause qui concerne l'objet de la société. Ainsi, suivant l'exemple choisi par le rapport qui accompagne le projet, la majorité pourra imposer à un actionnaire, qui a donné son adhésion à la constitution d'une société de transports, de devenir actionnaire d'une épicerie.

C'est en quoi, à notre avis, la réforme pèche peut-être par un défaut de mesure. Que les parties donnent expressément à l'assemblée extraordinaire le pouvoir d'opérer pareil changement, rien de plus conforme au principe de la liberté des conventions, et il n'y a rien à dire à cela. Mais que le silence des

statuts autorise un changement aussi radical, c'est ce que nous nous refusons à admettre. Si nous tombons d'accord qu'une société doit pouvoir ajouter à son exploitation primitive une autre qui serait le complément de la première, et qui présenterait avec celle-ci un caractère de connexité, telle serait l'adjonction à une exploitation d'usines permettant de traiter les minerais et de vendre les produits fabriqués, par contre, nous ne croyons pas qu'il soit indispensable de permettre à toute société de s'adonner à une entreprise différente de celle en vue de laquelle elle a été créée.

Ce que nous reprochons au projet présenté par la commission extra-parlementaire, c'est de détourner son esprit du but à atteindre en notre matière. Il faut qu'une société par actions, une société anonyme, appelée à vivre plusieurs générations, par suite à voir les conditions économiques se transformer autour d'elle, puisse corriger les imperfections qui se sont révélées au cours de son existence, s'adapter à ces nouvelles conditions pour ne pas mourir d'inanition ou du vice qui met obstacle à sa prospérité. Mais on ne doit pas oublier que la société, cet être supérieur, suivant l'expression de M. Thaller, n'est pas une forme vide; il y a des éléments essentiels qui en constituent la base, le *substratum* en quelque sorte, et au premier rang de ces éléments nous plaçons l'objet de la société.

La conception de M. Thaller nous a toujours séduit, et c'est à grand regret que nous nous sommes vu obligé de la repousser en l'état actuel de notre législation commerciale. Que le législateur s'en

inspire et sans la consacrer expressément, laissons au Code allemand les allures philosophiques, qu'il en admette tout uniment les déductions. Cette idée de la personnalité interne et externe, complète en un mot, des sociétés par actions, de la société anonyme, sera, d'une façon latente, le lien de coordination entre les dispositions législatives.

Le projet se laisse aller au courant libéral, et nous ne l'en blâmons pas, mais il ne s'attache à aucun principe, et c'est tout notre grief. Patientons et ne désespérons pas; la réforme de nos lois sur les sociétés par actions n'est pas une petite entreprise, c'est une œuvre de longue haleine, et nos législateurs ont l'haleine si courte, quand il s'agit de lois d'affaires, qu'on écrira et parlera encore beaucoup avant l'apparition d'une loi nouvelle. C'est un mal sûrement; mais, après tout, c'est une mise à l'épreuve des idées et des projets. Nous oublierons facilement les longueurs de l'attente le jour où notre législation sera dotée d'une réglementation complète et aussi parfaite que possible des sociétés par actions.

Vu :
E. BAILLY.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon,
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :
Dijon, le 21 octobre 1903.
Le Recteur de l'Académie,
E. BOIRAC.

BIBLIOGRAPHIE

ALLIX. — *Des reports dans les bourses de valeurs*, th. doct., Paris, 1900.

APPLETON (Paul). — *Du droit pour les assemblées extraordinaires dans les sociétés par actions, de modifier les statuts sociaux*, th. doct., Lyon, 1902.

ARNAULT. — *Rapport de la commission extra-parlementaire du 14 février 1882, à l'appui d'un projet de loi sur les sociétés, suivi du projet de loi soumis au Sénat le 6 décembre 1883*, Paris, 1884.

ARTHUYS.— *Examen doctrinal ; Jurisprudence commerciale : Revue critique*, 1897 p. 273 et suiv.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariæ, 4e édition, Paris, 1869-1878.

BALLOT. — *De la limite légale du pouvoir des assemblées générales en matière de sociétés civiles et commerciales : Revue pratique de droit français*, t. VI, p. 109 et suiv.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Traité théorique et pratique de droit civil. De la société*, Paris, 1898.

BÉDARRIDE. — *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, Paris, 1871.

BESLAY et LAURAS. — *Commentaire théorique, pratique et critique du Code de commerce. Des sociétés*, Paris, 1869.

Beudant. — *Des origines et du système général de la loi du 24 juillet 1867 : Revue critique*, t. XXXI, 1867, p. 404 et suiv.; p. 496 et suiv. — *De la responsabilité des souscripteurs et de leurs cessionnaires dans les sociétés par actions : Revue critique*, t. XXXIII, 1868, p. 18 et suiv.— *Des caractères distinctifs de l'intérêt et de l'action en matière de sociétés : Revue critique*, t. XXXIV, 1869, p. 135 et suiv. — *De la constitution des sociétés par actions d'après la loi du 24 juillet 1867 : Revue critique*, t. XXXVI, 1870, p. 112 et suiv.

Bing. — *La société anonyme en droit allemand*, Paris, 1892.

Boistel. — *Cours de droit commercial*, 4e édition, Paris, 1890. — *Notes* 5 et 6 sous Lyon, 28 janvier 1890, au D. 92. II, 34.

Bonnassieux. — *Les grandes compagnies de commerce*, Paris, 1892.

Bossy. — *De l'augmentation et de la réduction du capital dans les sociétés par actions*, th. doct., Paris, 1899.

Boulet et Dubouloz.— *Code de la saisie-arrêt*, Paris, 1891.

Bousquet-Pontié.— *Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale d'une société anonyme et les droits individuels de l'actionnaire*, th. doct., Toulouse, 1899.

Bouvier-Bangillon. — *La législation nouvelle sur les sociétés. Loi du 1er août 1893. Commentaire théorique et pratique*, Paris, 1894.

Bravard-Veyrières. — *Traité de droit commercial.* Cours professé à la Faculté de droit de Paris, publié, annoté et complété par Demangeat, 2e édition, Paris, 1890-1892.

Buchère. — *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*, Paris, 1869. — *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières. Loi du 15 juin 1872*, Paris, 1881. — *Des actions de priorité dans les sociétés commerciales : Annales de droit commercial*, 1900, p. 352 et suiv.

Chauveron (de). — *De l'action non libérée dans les sociétés anonymes*, th. doct., Paris, 1888.

Chavegrin. — *Note* sous trib. com. Seine, 5 novembre 1894, au S. 89. I. 417.

Clément. — *Des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes relativement aux modifications au pacte social*, th. doct., Lille, 1897.

Communication de M. Lévy-Alvarès à la Société de législation comparée sur : *les droits communs des porteurs d'obligations d'après la loi belge ;* et discussion sur cette communication : *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901, p. 70 et suiv.

Congrès international des sociétés par actions tenu à Paris, du 12 au 17 août 1889. — Compte rendu sténographique, Paris, 1890.

Congrès international des sociétés par actions tenu à Paris, du 8 au 12 juin 1900. — Compte rendu sténographique, Paris, 1900.

Courcy (de). — *Les sociétés anonymes. Examen de la loi du 24 juillet 1867*, Paris, 1879.

Delangle. — *Des sociétés commerciales*, Paris, 1843.

Deloison. — *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, Paris, 1882.

Demante et Colmet de Santerre. — *Cours analytique de Code civil*, 2e édition, Paris, 1884-1889.

Demolombe. — *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1845-1882.

Desjardins (M. l'avocat général). — *Conclusions* dans l'affaire de la Compagnie des tramways du nord, au D. 94. I. 313.

Devilleneuve et Carette. — *Lois annotées*, Paris, 1854-1875.

Durandy. — *Les assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes*, th. doct., Aix, 1893.

Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung und Anlagen, Berlin, 1883.

Esmein. — *La jurisprudence et la doctrine : Revue trimestrielle de droit civil*, t. I, 1902, p. 5 et suiv.

Faure. — *La nouvelle loi sur les sociétés par actions*, Paris, 1894.

Floucaud-Pénardille. — *Les sociétés par actions*, Paris, 1899.

FRAISSINGEA.— *Les pouvoirs des assemblées générales extraordinaires des sociétés anonymes : Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. L, 1901-1902, p. 92 et suiv.

FRÉMERY. — *Etudes de droit commercial*, Paris, 1833.

FRÈRE-JOUAN DU SAINT. — *Des actions de priorité dans les sociétés anonymes : validité, nature et étendue du privilège qu'elles confèrent : Journal des sociétés*, 1887, p. 64 et suiv.

GENEVOIS. — *Régime des sociétés. Commentaire de la loi du 1er août 1893*, Paris, 1894.

GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, avec préface de M. Saleilles, Paris, 1899.

GIRERD. — *Du droit d'assister aux assemblées d'actionnaires*, th. doct., Lyon, 1902.

GUILLOUARD. — *Traité du contrat de société*, Paris, 1891.

HÉMAR (M. l'avocat général). — *Conclusions* dans l'affaire du Crédit mobilier, au D. 75. II. 165.

HOUPIN. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édition, Paris, 1899.

HUVELIN. — *Note* sous Lyon, 21 novembre 1894 : *Annales de droit commercial*, 1895, I. 51 et suiv.

ISAMBERT.— *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'en 1789*, Paris, 1822 et années suivantes.

JACQUIER. — *Des assemblées générales d'actionnaires*, th. doct., Aix-Marseille, 1899.

JOUSSE. — *Commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, publié par Bécane, 2e édition, Paris, 1841.

KANT. — *Critique de la raison pure*, traduction Barni, Paris, 1869.

LABBÉ. — *Note* sous Cass. req., 3 décembre 1883, au S. 85. I. 97. — *Note* sous Cass. civ., 26 avril 1880 et 5 mai 1880, au S. 81. I. 5.

LACOUR. — *Note* sous Cass. civ., 29 janvier 1894, au D. 94. I. 313.

LAURENT. — *Principes du droit civil français*, 2e édition, Paris-Bruxelles, 1869-1878.

LAURIN. — *Cours élémentaire de droit commercial*, 2e édition, Paris, 1888.

LECOUTURIER. — *Nature juridique de la part de fondateur : Revue critique*, 1897, p. 117 et suiv. ; p. 149 et suiv. ; p. 176 et suiv.

LÉVEILLÉ. — *Notre Code de commerce et les affaires. Leçon d'ouverture d'un cours de droit commercial : Revue critique*, t. XXIV, 1869, p. 176 et suiv.

LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT. — *Traité de droit commercial* 2e édition, Paris, 1892 ; 3e édition, Paris, 1900.

LYON-CAEN (Ch.). — *Note* sous Ile de la Réunion, 16 juin 1876, au S. 77. II. 5. — *Note* sous Cass. civ., 30 mai 1892, au S. 92. I. 561.

LYON-CAEN (L.). — *Du droit de modifier les statuts des sociétés par actions et de la limite du pouvoir des assemblées générales : Journal des sociétés*, 1880, p. 277 et suiv.

MALEPEYRE et JOURDAIN. — *Traité des sociétés commerciales*, Paris, 1833.

MATHIEU et BOURGUIGNAT. — *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, Paris, 1868.

MOLINIER. — *Traité de droit commercial*, Paris, 1846.

MOLLOT. — *Bourses de commerce, agents de change et courtiers*, 3e édition, Paris, 1853.

NÉGULESCO (Démètre). — *Le problème juridique de la personnalité morale et son application aux sociétés civiles et commerciales*, th. doct., Paris, 1900.

PARDESSUS, — *Cours de droit commercial*, Paris, 1841.

PASCAUD. — *Les assemblées générales extraordinaires d'actionnaires dans les sociétés anonymes : Revue des sociétés*, 1895, p. 567 et suiv.

PERCEROU. — *Des fondateurs de sociétés anonymes*, th. doct., Dijon, 1896.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 2e édition, Paris, 1901-1903.

PONT. — *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1880.

PRIMKER. — *Das Sonderrecht des Aktionœrs*, dans l'ouvrage de Endemann : *Handbuch des deutschen Handels, See und Wechselrechts*, Leipzig, 1881, t. I. p. 567 et suiv.

RIVIÈRE. — *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Paris, 1868.

RUBEN DE COUDER. — *Dictionnaire de droit commercial et industriel*, 3e édition, Paris, 1877-1880. — *Supplément au dictionnaire de droit commercial*, Paris, 1899.

ROUSSEAU. — *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, Paris, 1873. — *Questions nouvelles sur les sociétés commerciales*, Paris, 1882. — *Etude sur les parts de fondateurs*, Paris, 1899.

SALEILLES. — *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite : Annales de droit commercial*, 1895, II, p. 10 et suiv. ; p. 48 et suiv.; 1897, p. 29 et suiv.

SÉE. — *De la réduction du capital social, en vertu d'une délibération de l'assemblée générale, dans la société anonyme*, th. doct., Paris, 1899.

THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 1re édition, Paris, 1898 ; 2e édition, Paris, 1900. — *Note* sous Paris, 6 mai 1885, au D. 86. II. 25 et suiv. — *Examen doctrinal. Jurisprudence commerciale : Revue critique*, 1887, p. 220 et suiv. — *Note* sous Cass. civ., 30 mai 1892, au D. 93. I. 105 et suiv.— *Construction du droit des obligataires sur la notion d'une société qui existerait entre eux : Annales de droit commercial*, 1894, II, p. 65 et suiv. — *N'y aurait-il pas dans le report de bourse un paiement avec subrogation ? Annales de droit commercial*, 1893, II, p. 70 et suiv.

TISSIER. — *Note* sous Paris, 11 janvier 1895, au S. 97. II. 241.

TOULLIER. — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, continué par Duvergier, 5e édition, Paris, 1839.

TRIPIER. — *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, 2e édition, Paris, 1879.

VALÉRY. — *Note* sous trib. com. Seine, 5 novembre 1894, au D. 95. II. 297.

VAVASSEUR. — *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 2e édition, Paris, 1878 ; 5e édition, Paris, 1896. — *Des parts de fondateurs : Revue des sociétés*, 1895, p. 128.

WAHL. — *Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers*, Paris, 1891. — *Les parts de fondateurs : Journal des sociétés*, 1897, p. 145 et suiv. — *Note* sous Paris, 16 juillet 1896, au S. 98. II. 89. — *Note* sous Paris, 19 février 1897, au S. 99. II. 185.

WALDMANN. — *La profession d'agent de change*, Paris, 1888.

ERRATA

Page 33, note 1, 3e ligne, *au lieu de :* D. 84. I. 33, *lire :* D. 84. I. 339.

— 42, note 1, 3e et 4e lignes, *au lieu de : Annales de droit commercial,* 1894, p. 65 et suiv., *lire : Annales de droit commercial,* 1894. II, p. 65 et suiv.

— 42, note 1, 12e et 13e lignes, *au lieu de : Annales de droit commercial,* 1893, p. 70 et suiv., *lire : Annales de droit commercial,* 1893. II, p. 70 et suiv.

— 42, note 1, 20e ligne, *au lieu de :* p. 499, n° 1, *lire :* p. 499, note 1.

— 58, 3e et 4e lignes, *au lieu de :* entre chacune des parties, *lire :* entre les parties.

— 62, 25e ligne, *au lieu de :* La foi, *lire* : La loi.

— 67, 2e ligne, *au lieu de :* on devrait, *lire :* on devait.

— 79, note 1, 32e ligne, *au lieu de :* roumains, *lire :* romains.

— 126, 8e ligne, *au lieu de* : les partis, *lire :* les parties.

— 166, 1re ligne, *supprimer la virgule.*

— 253, note 2, 16e et 17e lignes, *au lieu de : Revue politique et parlementaire,* p. 82 et suiv., *lire : Revue politique et parlementaire,* 1903, p. 82 et suiv.

— 267, 4e ligne, *au lieu de :* venait donner, *lire :* venait de donner.

— 274, 17e ligne, *au lieu de :* revient, *lire :* reviennent.

— 301, 22e ligne, *au lieu de* : mêmes, *lire :* même.

— 340, 1re ligne, *au lieu de :* bénéfice, *lire :* bénéfices.

— 357, 26e ligne, *au lieu de :* tendanee, *lire :* tendance.

— 361, note 1, 1re ligne, *au lieu de :* s'exerceraient, *lire :* s'exercerait.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5

PREMIÈRE PARTIE

Nature juridique de la société anonyme et des assemblées d'actionnaires 13

CHAPITRE Ier. — *Théorie de M. Thaller* 15
Section Ire. — Exposé 15
Section II. — Critique 21

CHAPITRE II. — *Essai d'une théorie sur la nature juridique des sociétés anonymes et des assemblées d'actionnaires* 43

Section Ire. — Des différences classiques entre les sociétés par intérêts et les sociétés par actions . . 44

Section II. — Le contrat de société anonyme, comme tout autre, diminue l'autonomie des contractants, sans effacer, d'une façon complète, leur personnalité. L'assemblée des actionnaires n'est que la réunion des associés, réunion réglementée par la loi 48

DEUXIÈME PARTIE

Composition des assemblées générales. 69

CHAPITRE Ier. — *De l'actionnaire. — Criterium* 71

CHAPITRE II. — *Application du criterium*. 77

Section Ire. — De l'action de numéraire et de l'action d'apport 77

Section II. — De l'action de priorité. 78

Section III. — De l'action industrielle 81

Section IV. — De l'action de jouissance 84

Section V. — De l'action de prime. 87

Section VI. — De la part de fondateur 90

CHAPITRE III. — *De la clause conférant le droit d'assister aux assemblées à d'autres qu'aux actionnaires, notamment aux porteurs de parts et aux porteurs d'obligations* 99

CHAPITRE IV. — *De quelques difficultés tenant à la situation du propriétaire de l'action* 107

Section Ire. — Un usufruit a été constitué sur une action 108

Section II. — L'action a été donnée en gage 113

Section III. — L'action a fait l'objet d'une saisie arrêt. 115

Section IV. — De la cession civile des actions d'apport. 117

Section V. — De l'action ayant fait l'objet d'un report. 121

CHAPITRE V. — *Des restrictions conventionnelles au droit de l'actionnaire d'assister aux assemblées générales*. 125

APPENDICE 134

TROISIÈME PARTIE

DES ATTRIBUTIONS DES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

Des différentes sortes d'assemblées générales. — Formations diverses que peuvent prendre les actionnaires. 135

CHAPITRE Ier. — *Des attributions de l'assemblée générale ordinaire*. 139

Section Ire. — Désignation du personnel administratif. 142

Section II. — L'assemblée ordinaire arrête chaque année la situation sociale. Elle vérifie les comptes de la société, examine la gestion des administrateurs, statue sur les propositions de dividendes . . 157

Section III. — L'assemblée statue sur tous les points qui lui sont expressément réservés par les statuts. Elle supplée à l'action des administrateurs, en tout ce qui, dans le domaine de l'administration, excéderait leurs pouvoirs. 179

Section IV. — La délibération qui autorise la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, est-elle de la compétence de l'assemblée ordinaire ? . 186

CHAPITRE II. — *Des attributions de l'assemblée générale constitutive*. 195

Section Ire. — De la vérification de la déclaration des fondateurs 204

Section II. — De l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers 211

Section III. — Nomination du premier personnel administratif. 253

CHAPITRE III. — *Des attributions de l'assemblée générale extraordinaire* 261

Position de la question. 261

Section Ire. — L'assemblée générale extraordinaire ne possède pas, *de plano*, le pouvoir de modifier les statuts 267

Section II. — Théorie de la jurisprudence sur le pouvoir de l'assemblée extraordinaire 274

I. — Exposé 274

II. — Critique 300

Section III. — L'assemblée générale extraordinaire possède, *de plano*, le pouvoir de modifier les statuts, et, en principe, elle est souveraine. — Théorie de M. Thaller et de M. Appleton 316

I. — Exposé de la théorie de M. Thaller et de M. Appleton 316

II. — Critique 345

Section IV. — Essai d'une théorie sur les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire 372

Conclusion 385

Bibliographie 393

Errata 401

DIJON, IMP. JOBARD.

PENSER-AGIR
JOBARD-IMPRIMEUR-DIJON